كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

الجزء السابع

١٣ - ١٤



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Bibliotheca Alexandrina
3114785


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب

المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٣٣ ٦٠٢١ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٣٣ ٦٠٢١/٩٦١١/٠٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الثالث

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب البيوع الفاسدة

قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى أوجراب هروى على أن فيه خمسين ثوبا بألف درهم فوجدفيه تسعة وأربعين ثوبا أو أحدا وخمسين ثوباًفالبيع فاسد) لانه انوجده أ كثر فانما يدخل فى البيع العددى المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لانه وجب على المشترى رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقى مجهولا وفى مثله لايجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما فى العدل خمسين ثوباً لايجوز لانها تتفاوت فى المالية فالمشترى يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي الى المنازعة فهى مفسدة للعقد فان وجده أقل يفسدالعقد لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم أنه كيف كان جيداً أووسطا أورديئا وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسدالعقد فى الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لاينعقد صحيحاً ابتداء فان كان سمى لكل ثوب عشرة دراهم فوجده أحداوخمسين ثوباً كان فاسداً أيضاًلان العاقد يتناول خمسين ثوباً فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا أيضاً وان وجده تسعة وأربعين ثوباً وقد قبض أولم يقبض كان البيع جائزاً لان الموجودمعلوم والمسمى بمقابلة الموجودمن الثمن معلوم فيجوز البيع ويتخير المشترى لتفرق الصفقةعليه بنقصان ثوب مما سمى وله فى عدد الخمسين مقصود لايحصل ذلك بما دونه فيتخيران شاء أخذكل ثوب بما سمى وان شاء ترك وأ كثر مشائخنا رحمهم يقولون بان هذا الجواب قولهما اما عند أبى حنيفة العقد فاسد كله لانه فسد بعضه بفساد قوى اذلا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه واستدلوا عليه بما ذ كر فى الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهماهرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد أحدهما مرويا فالعقد كله فاسد فى قول أبى حنيفة رحمه الله فاذا كان فى الموضع الذى كان أحد الثوبين بخلاف جنس ماسمى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يفسد العقد كله ففي الموضع الذي لم يجد أحد ماسمى أصلا أولى أن يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذي سمى وقد تعلق العقد به كذا هنا (قال) رضي الله عنه والاصح عندي أن هذا قولهم جميعا لان أبا حنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ماشرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسئلة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطا في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي يتفاوت نحو ما اذا اشترى قطيعا من الغنم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيلات اذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فانه يجوز العقد سواء سمى ثمن كل واحد من القفزان أولم يسم لان القفز ان مما لا تتفاوت في نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة *وكذلك* الوزنيات *وكذلك* في العدديات المتقاربة نحو ما اذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فاذا هي أنقص أو أزيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا واذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بألف درهم فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما فكذا اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينعقد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشتريت منك هذا العبد بما يخصه من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمى لكل واحد منهما ثمنا بان قال اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما سمى بمقابلته من الثمن *وكذلك* لو اشترى شاتين مسلوختين فاذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمداً فان ذلك والميتة سواء عندنا (والجواب) على التفصيل الذي قلنا *وكذلك* اذا اشترى دنين من خل فاذا أحدهما خمر وهذا الجنس نظير ماسبق اذا أسلم كر حنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ماوجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما ينفصل عن الآخر في البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره في العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس بتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبداً وانما يشترط قبول العقد في أحدهما لقبول العقد في الاخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشترى ملحقا الضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في أحدهما وصار هذا كما لو اشترى عبداً أو مكاتبا أو مدبرا فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد على العبد صحيحا* كذلك* هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر بدليل أن المشترى لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الايجاب (قلنا) عند صحة الايجاب فيما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحاباة فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في فصل من هذا الجنس الى قول أبي حنيفة وهو مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فاذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو اشترى جاريتين فاذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الايجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في الفرق بينهما فيفسد العقد كما في مسئلة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الآدمي في العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بان باع عبدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز في الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم يوضحه أن البيع في المدبر ليس بفاسد على الاطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فانه اذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان بيعه من نفسه جائز ولو باعه

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذى روى فى النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضي القاضى بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لأن عنده اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذى كان فى عهد الصحابة رضوان الله عليهم فان هذه المسئلة كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بانه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضى بخلاف الاجماع لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذى كان بين الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء فى فصل مجتهد فيه فاذا ثبت أن المحل قابل للبيع حتى نفذ قضاء القاضى فيه وقضاء القاضى لا ينفذ في غير محله عرفنا انه دخل في العقد ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى اذا كان قبضهما لزم البيع فى القن بحصة من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القن منهما لتفرق الصفقة قبل التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت اذا لم يكن معلوما له واذا نظر الى ابل أو غنم أو الى رقيق أو الى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة فى الكل وعندهما جائز في الكل وهذا لان الاصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل الى ما لا يعلم منتهاه فانما يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد. قال (واذا أجر داره كل شهر لزم العقد فى شهر واحد) عند أبي حنيفة فاذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم عند أبي حنيفة يجوز العقد فى قفيز واحد وعندهما يجوز فى الكل واذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك فى شهر واحد عند أبي حنيفة وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه فأما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف من التسمية اذا عرفنا هذا فنقول هنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد فى الكل عندهما ولا جهالة فى ثمن كل واحد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

منهما والجهالة التى فى جملة الثمن لا تفضى الى المنازعة فانها ترفع بعد المشار اليه وعند أبى حنيفه لما لم يكن العدد معلوماً عند العقد فانما يتناول العقد واحدا من الجملة وبيع شاة من القطيع لا يجوز لانها متفاوتة واذا كانت العبرة للاشارة فثمن جميع ما أشار اليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد اذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار اجابه فى الثانى كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة الا ان أبا حنيفة (قال) هناك العقد جائز فى قفيز واحد فانه اذا اشتري قفيزا من الصبرة جاز بالاجماع فان القفز ان لا تتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا لان المفسد قد تقرر بالافتراق عن المجلس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفترقا كان العقد استحسانا لان حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشترى لتنكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لان مقدار مايلزمه من الثمن انما يصير معلوما له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان فهو علي هذا الخلاف فعند أبى حنيفة العقد يفسد في الكل لان قيمة الذرعان تتفاوت فى مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعا من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لان ماسمي عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أوجزء من عشرة أجزاء وعند أبى حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه اذا اشترى ذراعا من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعا ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهما من الدار ولم يقل من كذا سهما لان تلك الجهالة لا يمكن ازالتها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفى الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى فى العقد معلوما به واذا اشترى غنما أوبقرا أوعدل زطى كل اثنين منها بعشرة فهو باطل لان ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم الى كل واحد آخر فيقسم العشر على قيمتهما ولا يعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد الى الجيد أو الرديء الى الرديء أو الى الوسط فيبقى ثمن كل واحد مجهولا وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة فانه اذا وجد بثوب عيبا بعد القبض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يرد المعيب خاصة وتمكن المنازعة بينهما فى ثمنه وكذلك اذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقايلا العقد فى ثوب واحد فعرفنا أن هذه الجهالة تفضي الى المنازعة فيفسد العقد بها واذا اشترى عدل ظى بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ماتظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضاً ثم ماسميناتفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ماهو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان مايحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة وتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم اليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم و بقى الثمن مجهولا *وكذلك*لوقال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد(قيل)معنى هذا ان المشترى كان ساومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر مايبر به البائع فى يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث فى يمينه وكان تهمة تكفره فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضا مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالاطعام تارة وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع واذا اشتراه بألف درهم الادينارا أو بمائة دينار الا درهما أو بألف درهم الاقفيز حنطة أو الاشاة فالبيع فاسد لان المستثنى اذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان(قال)قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس فى المبايعة يتفاوتون فمن بين مسامح ومستعصى واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء فى حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ماأخذبه فلان من الثمن فان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسداً فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشترى لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشترى اذا علم مقدار ما أخذبه فلان رضاه به قبل ذلك لا يكون تاماً فلهذا يتخير بين الاخذ والترك واذا عقد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العقد على انه الى أجل كذا بكذا وبالنقد بكذا أو (قال) الى شهر بكذا أو الى شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه على ثمن معلوم ولنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين فى بيع ومطلق النهى يوجب الفساد فى العقود الشرعية وهذا اذا افترقا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لانهما ماافترقا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه) لان التولية تمليك ماملك بمثل ماملك والاشراك تمليك نصفه بمثل ماملك به والكلام فى بيع المبيع قبل القبض فى فصول أحدها في الطعام فانه ليس لمشترى الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ماسوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهى فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لعتاب بن أسيد حين وجهه الى مكة قاضيا وأميراً سر الى أهل بيت الله وانههم عن بيع مالم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك فى غير الاشهر الحرم كيف وراوى هذا الحديث ابن عباس رضى الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شي مثله والكلام فى هذه المسئلة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر فى الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع اياه لحقه والاجارة فى ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة فى المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم الا بالقبض فذلك جائز فى المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه على قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما لكه فى حال
قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة فى استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع
من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى
أنه لا ينفذ البيع فيه وان أجازه البائع فكان هذا بمنزلة عين مملوله أيضا كالصيد فى الهواء
وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في(قول)
أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ولا يجوز فى قوله الاول وهو قول محمد والشافعى
رحمهما الله لعموم النهى عن بيع ما لم يقبض ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن
وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض
فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد
بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف
أو لان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض
كالموجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفى هذا العقد العقار والمنقول
سواء يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار فى هذا كالمنقول حتى
اذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع
فى العقار والمنقول جميعا وذلك بيده أو بيد نائبه ويد البائع الاول ليست بنائبة عن يده فلا
تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بيع العقار قبل القبض
في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما(قلنا)ذلك لان
المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو فى يد مودع أو غاصب
وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه اذا بقى فى الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز
عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفى المنقول قبل
القبض فى الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشترى فاذا قبضه انتفى هذا
الغرر ولا يبقى الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفى العقار
قبل القبض ليس فى ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء
الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل وانما
يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

التصرف فى الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فى الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر فى الملك فان بالهلاك لايبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعى يختلفون فى ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر فى الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلى الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ماقلنا والدليل عليه ان التصرف الذى لايمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق فى استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز فى المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل فى ضمان المشترى بالقبض قلنا شرط ثبوت الملك بالتصرف فى المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف فى الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة على التسليم كما يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول بدليل ماقلنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض الا ان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فلا يمكن أن يجعل قائما مقامه فلهذا يبطل بأخذه ملك المشترى ويكون عهدته على البائع بخلاف المشترى الثانى يوضحه ان المبيع فى مكانه الذى يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخلية وبخلاف المنقول فانه لايدرى في أى مكان يقبضه مالم يقبضه ولا يدخل على شئ لما ذكرنا ان التصرف فى المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط فى المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيله وان كان قبضه. قال (رجل باع عبداً آبقا فهو باطل) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع حتى أنه وان عاد من إباقه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير فى الهواء ثم أخذه الا رواية عن محمد فانه يقول الملك والمالية بعد الأباق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فاذا زال صار كان لم يكن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق مافي بطنها أو باعها واستثنى مافى بطنها فهذا فاسد لايجوز) وقد بينا هذا الفصل فى كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً مغصوبا فالبيع موقوف فان جحده الغاصب ولم يكن للمغصوب منه بينة لم يجز البيع) لانه عقد غير مقدور التسليم للعاقد ولان الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وان أقر به فان سلمه اليه تم البيع) لان ملكه قائم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة مالو كان فى يد البائع فهلك قبل أن يقبضه المشترى فان (قيل) قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع اذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كالو قبله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا اذا وجب البدل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البدل كقيام الاصل فى ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب فى الغصب السابق على البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع فى القيمة ابتداء. وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجيزه لم يجز البيع وهو موقوف لان الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن فى الحبس لازم ثم فى موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ماذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضى اذا خوصم فيه وطلب المشترى التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز اذا اجازه المرتهن وسلمه اليه واذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففى احدى الروايتين ينفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه لان حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان أجازه المالك تم البيع وان فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لاينفسخ بفسخه حتى لوصبر المشترى حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى اذا أجازه كان المشترى متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك اذا أجاز العقد كان المشترى متملكا عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى أن يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما كان ذلك الى القاضى اذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا. قال (رجل باع سمكا محصوراً فى أجمة فالبيع باطل) وقال ابن أبى ليلى هو جائز اذا كان قد أخذه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ثم أرسله في الاجمة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد ولكنا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا لا تبيعوا السمك فى الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخذه فقد باع ماليس بمملوك له والتمليك لا يسبق الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قد أخذه ثم أرسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع الآبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا با كتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد فكان هذا في معنى الاول. قال (وان كان فى وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز) عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشترى بالخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز بيعه وأصله شراء ما لم يره وبيانه يأتى ان شاء الله تعالى. قال (وان كان فى بركة يمكن أخذه من غير صيد) فان كان أخذه ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخذه ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار آخذاً له بمنزلة مالو وقع فى شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك السمك بدخوله فى البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لا حقيقة ولا حكما. قال (واذا اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل فى هذا الجنس ان من جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل لان انعقاد العقد بالتسمية فانما ينعقد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ماوقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة من بده مؤيدة للتسمية فينعقد العقد بالمشار اليه وهو مال الا أنه ان كان المشار اليه دون المسمي فللمشترى الخيار لفوات شرطه كما لو اشترط فى العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا فنقول ان كان المشار اليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشترى فعليه قيمته لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمى يقوتا أحمر والمشار اليه أصفر فالبيع جائز وللمشترى الخيار لفوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوبا على انه هروى فاذا هو من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هو جارية فالبيع فاسد عندنا و(قال) زفر جائز وللمشترى الخيار لان بنى آدم جنس واحد ذكورهم وأناثهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فاذا هى ثور كان البيع جائزاً وكذلك الابل والبقر والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا فى بنى آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك يوضحه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

انه لو اشترى عبداً على أنه تركى فاذا هو رومى أو سندى جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية وحجتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بنى آدم في حكم جنسين لان ماهو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالغلام فكان التفاوت بينهما فى المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروى والمروى من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ماهو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وانما التفاوت فى صفة المقصود لا فى أصله فكان جنسا واحداً كذلك ذكر فى الاصل والله أعلم

باب البيوع اذا كان فيها شرط

قال (اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن سعيد قال حججت فدخلت بمكة على أبى حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلي وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على فى هذه المسئلة كل الاختلاف فعجزنى أن أسأل كل واحداً منهم عن حجته فدخلت على أبى حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبيك يخالفانك فقال لا أدرى ماقالا حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن أبى ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ماقال (حدثنى) هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشترى بريرة رضي الله عنها أبى مواليها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت على ابن شبرمة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ما قالا (حدثني) محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصارى رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة فى بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح مااستدل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف أوهم هشام بن عروة ماقال رسول الله صلي الله عليه وسلم اشترطى لهم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترطى الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أومعناه أعلميهم معنى الولاء فالاشتراط فى اللغة الاعلام ومنه أشراط الساعة قال القائل

فاشرط فيها نفسه وهو معصم والقى باسباب له وتوكلا

أي جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضى الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطاً فى البيع على أن ماجرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وانما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة فى السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابراً رضى الله تعالى عنه (قال) كانت لى ناقة ثفال فقامت علي فى بعض الطريق فأدركنى رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) مابالك ياجابر فقلت جرى أن لا يكون لي الا ناقة ثفال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن راحلته فدعا بماء ورشه فى وجه ناقتى ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبيعنى ناقتك باربعمائة درهم فقلت هى لك يارسول الله ولكن من لي بالحمل الى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليه وسلم باربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلوات الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضى الله تعالى عنه فأعطانى أربع مائة درهم (فقال) صلي الله عليه وسلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط فى البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى في المبيع أوشرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لان هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لايقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا وشرا كا بشرط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ولان فى النزوع عن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العادة الظاهرة جرحاً بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر . قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل فى نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تتناوله الايدى وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطل فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما اذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لغواً والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في فى آخر المزارعة لان فى هذا الشرط ضرراً على المشترى من حيث أنه يتعذر عليه التصرف فى ملكه والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر . قال (واذا اشترى عبداً على انه يعتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعى لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة (قالت) ان شئت عددتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق فى المبيع قبض حتى اذا أعتق المشترى المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض من أحكام العقد فاشتراطه فى العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان فى هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به فى العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط فى الجارية ان يستولدها أوفى العبد ان يدبره كان العقد فاسداً فاذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لسمة

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى هي بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشترى فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى فى قول أبي حنيفة استحسانا * وفى قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير أو الاستيلاد كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها ثان وفى بذلك الشرط فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبارا الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحسن فقال زال المفسد قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه وبيان ذلك أن الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة أن لا يفي المشترى بالعتق وليكون فى الاقدام على التصرف فى ملكه مختاراً غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختاراً وحقيقة المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك فى بنى آدم ثابت الي العتق فيكون العتق مهينا له وانهاء الشيء يقرره ولهذا لو اشترى عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهى الملك فكان هذا الشرط ملائما بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر علي انهاء ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد علي الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحسانا لمعنى التوقف فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاد والتدبير فالملك به لا ينتهى ومعنى الملائمة باعتبار انهاء الملك به فلهذا تتعين صفة الفساد هناك وفى بالشرط أو لم يف * قال (واذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على ان يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع فى جميع ذلك فاسد) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشترى اذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت لان الضمان الاصلى فى البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم البيع مضمونا بالقيمة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتحول من القيمة الى المسمى عند صحة السبب وتمامه فاذا فسد السبب بقي الضمان الاصلي كما اذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا على المشتري بالقيمة لعدم تمام السبب. قال (ولو اشترى ثوبا على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر * وفي الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أنه شرط في البيع اقالة معلقة لخطر عدم النقد ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس في معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يظن به أنه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلاثة بين فسخ العقد وتمامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار لهذا المقصود حتى قال (لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام. قال (فان اشتراه على انه لم ينقده الى أربعة أيام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبي حنيفة كقوله في شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام يفسد العقد وعند محمد العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالت المدة أو قصرت ولم يذكر في الكتاب قول أبي يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعة في نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير كقول محمد لان هذا في معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار أربعة أيام فكذلك في هذا الشرط. وجه قوله الذي ذكره في المأذون أن القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة أيام لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ففيما زاد على ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد لليسير من الغرر دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الاربعة لما ذكرنا . قال (وكل فاسد رده المشترى على البائع بهبة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويبرأ المشترى من ضمانه) لان الرد بسبب فساد البيع مستحق فى هذا المحل بعينه شرعا فعلى أى وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد المغصوب والودائع وهذا لانه ممنوع من تمليكه من البائع بسبب مبتدإ مامور برده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهى عنه ويكره المأمور به فيترك جانب المأمور به في رده عليه . قال(وان اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله الى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد)لان فيه منفعة لاحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه لانه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم يكن بمقابلته شىء من البدل فهو اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً فهذه اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل . قال(ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهنا أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد)والكلام فى هذين الفصلين ينقسم على أربعة أقسام أما فى شرط الكفيل سواء سمى الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد لانه لا يدرى أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الغرر ولان جواز هذا العقد يتعلق بقبول الكفيل الكفالة فبى شرط قبوله اذا كان غائبا عن مجلس العقد لم يجز العقد وان قبله بعد المجلس كالمشترى فان كان الكفيل حاضراً أو حضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز البيع استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد فى شئ واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد اذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثق بالثمن فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيداً كان البيع جائزاً ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فانه بقبوله ينتفي معنى الغرر فاذا وجد ذلك فى المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة لانه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشترى فان الحوالة تحويل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن فى ذمة المشترى بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد فان ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد . قال (وان شرط أن يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن مجهولا فالعقد فاسد) لان قبول العقد فى الرهن لا بد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه الثمن صح العقد لان المفسد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشتراط ما يتوثق به كالاشتراط صفة الجودة في الثمن وكذلك ان سمى مكيلا أو موزونا موصوفا بغير عينه وجعله رهنا بالثمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون ثمنا فكذلك يصلح اشتراطه رهنا بالثمن فان أبى المشترى أن يرهنه ما سمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبي ليلى يجبر عليه لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلطه على البيع كان مجبراً عليه ولا يملك الراهن عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصوداً ولكنا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد في اتمامه من اتحاد شرط العقد واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبا المشترى أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ. قال وان باع شيئا من الحيوان واستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد) لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصوداً فلا يجوز استثناؤه مقصوداً كاليد والرجل وهذا لان الجنين ما دام متصلا بالام فهو في حكم الاجزاء ألا ترى أنها تقطع بالمقراض عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين في البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فاذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى منه يصير مجهولا أيضا وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل بز أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشترى أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تفضي الى المنازعة لانها متفاوتة في المالية فيفسد البيع. قال وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد) لان الحبل في البهائم وهي زيادة مجهولة. فانه لا يدرى ان انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وان الولد حي أو ميت ذكراً أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعنى ان اشتراط مقدار من اللبن ليس فى وسع البائع ايجاده ولا طريق الى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد. قال (وان شرط أنها حلوب أو لبون لم يذكر هذا الفصل فى الاصل) وقد ذكر الكرخى أن هذا ما لو شرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون لبونا حلوبا الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى على أنها حامل وذكر الطحاوى أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو شرط فى العبد أنه كاتب أو خباز ولان هذا يذكر علي سبيل بيان الوصف لا علي سبيل الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرسا على أنها هملاج أو اشترى كلبا على انه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فى الحلوب بخلاف ما اذا اشترط أنها تحلب كذا لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع لا طريق الى معرفته. قال (وكذلك ان اشترى سمسما أو زيتونا على أن فيهما من الدهن كذا أو اشترى حنطة بشرط أن يطحن منها كذا مختوم دقيق فهذا شرط باطل) لا طريق للبائع الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد. قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل وكان بها حبل أولم يكن فالبيع جائز) لان الحبل فى بنات آدم ألا ترى أن للمشترى حق الرد به فانما تبرأ البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد. قال وليست البراءة فى هذا كالبهائم قيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة فذكره فى العقد شرط زيادة مجهولة) وفى الآدمية عيب فذكره يكون تبريا من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه اذا ذكر الحبل فى الجارية علي وجه التبرى عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره علي وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشترى انه يريدها للظؤرة فحينئذ يفسد به العقد لعلمنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا يحكى عن الهندوانى أنه كان يقول أن شرط الحبل اذ وجد من البائع لم يفسد به العقد وان شرطه المشترى يفسد لان البائع انما يذكر الحبل على وجه بيان العيب عادة والمشترى يذكر علي وجه اشتراط الزيادة. قال (رجل اشتري جارية بجاريتين الى أجل فالعقد فاسد) لان الحيوان لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الجارية فذهبت عينها عند من عمله أو من غير عمله فللبائع أن يأخذها ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الآدمي نصفه وفوات النصف في ضمان المشترى كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك اذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض ألا ترى أنها تضمن بالغصب فان الجارية المغصوبة اذا ذهبت عينها عند الغاصب أخذها المغصوب منه مع نصف قيمتها ولو فقأ عينها غيره فان البائع يأخذها لان فسخ العقد فيها مستحق شرعا فما دامت قائمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقئ وان شاء ضمن المشتري لان بالاخذ ينفسخ العقد فيها ويعود الى قديم ملك البائع فجناية الفاقئ كانت على ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن المشترى ذلك لانها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالمغصوبة في هذا الحكم فان ضمن المشتري يرجع المشترى بذلك على الفاقئ لان ملكه تقرر في ذلك الجزء حين ضمن بدله وهو كالغاصب في ذلك وان ضمن الفاقئ لم يرجع على المشترى بشئ لانه ضمن بجنايته فأما اذا قتلها في يد المشترى قاتل فللبائع أن يضمن المشترى قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف المغصوبة فان المغصوبة اذا قتلها انسان في يد الغاصب يتخير المغصوب منه ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وان شاء ضمن القاتل بخلاف المشتراة شراء فاسداً في يد المشترى لان المغصوبة على ملك المغصوب منه فالقاتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمين ان شاء ضمن الغاصب بالغصب أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشترى بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود الى ملك البائع فلهذا تعين حق البائع في تضمين المشترى وليس له أن يضمن القاتل وفي فقء العين ماتعذر فسخ العقد فيها واذا انفسخ العقد فيها بالرد كانت جناية الفاقيء على ملك البائع فلذلك يتخير البائع ان شاء ضمن القاتل بالقتل وان شاء ضمن المشتري بالقبض كما في الغصب ثم اذا ضمن البائع المشترى قيمتها في القتل كان للمشترى أن يضمن القاتل قيمتها لانه أتلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمنه قيمتها . قال (فلو كانت الجارية كما هي غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقي) لانها في يده كالمغصوبة مستحقة الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد متولد من العين ووجوب لرد كان حكما متقرراً فيها فيسرى الى الولد ولان ملك الاصل يسرى الى الولد والثابت للمشترى في الاصل كان ملكا مستحق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الازالة بالرد على البائع فثبت مثله في الولد وليس له أن يضمنه قيمة الميت بمنزلة ولد المغصوب
اذا مات في يد الغاصب من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت
الولادة قد نقصتها وفي الولد الثاني وفاء بجميع ذلك النقصان فلاشيء على المشترى) لرده ما ينجبر
به النقصان فان نقصان الولادة ينجبر بالولد عندنا وقد بينا ذلك في المغصوبة وكذلك في المشتراة
شراء فاسداً والولد الميت صار كان لم يكن فكأنها ولدت ولداً واحداً . قال (وان لم يكن في الولد
الباقي وفاء النقصان فعلى المشترى تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجبر
بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه مايجبره فعلى المشترى ضمان ذلك . قال (وان
كان الميت مات من فعل المشترى أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشترى ضامنا بقيمته
يردها مع الأم) لان الولد انما لم يكن مضموناً عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد
وجد ذلك بالاتلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا كان فيها وفي مالية
الحي وفاء بالنقصان فلاشيء على المشترى وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلى المشترى
تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر . قال (ولو كانت الام هي الميتة والولدان حيان
أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشترى) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق
الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمغصوبة اذا ولدت ثم ماتت
كذلك هنا وان كان ضامناً قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت في ضمانه بالقبض وتعذر ردها
فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لايسقط برد الولدين
ضمان قيمة الأم وان كان في ماليتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالفائت هناك وصف
هو تبع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد
هنا فان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لاتوجب
الزيادة ولداً ولذا لا ينجبر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كمال قيمتها لان هنا
لا يحتاج الى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشترى بعد القبض على ما ذكرنا
وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل في ملك المشترى
فلاتقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها
بالرد فاذا ردها عادت الى قديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوقعت الحاجة الى انجبار
النقصان بخلف قائم مقامه وهو الولد فلهذا افترقا . قال (والبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك اذا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اتصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفى الحقيقة هذه المسئلة تنبنى على مسئلة من أصول الفقه وهو أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي فان صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الجنس من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضياً والقبيح ما لا يكون مرضيا فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكنا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهى مختارا فيه كما أن موجب الامر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختاراً فيه فان استحقاق الثواب والعقاب ينبني على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعا باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقضي بالمقتضى وهذه فى أصول الفقه فأما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهي متى كان لمعنى فى غير المنهي عنه فانه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان المنهي عنه بعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى فى غير المنهي عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا فى البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد فى حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا الملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقداً بصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا فى معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكا انما يصير مملوكا بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعي سببا مرضياً شرعيا بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد فيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق لو كان (قال) ان زنيت فأنت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحجتنا في ذلك من حيث التخريج علي الاصل المجمع عليه أن نقول هذا النهى لمعنى في غير المنهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يختل شيء من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهى كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهى عن الربا للفضل الخالي عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطلب لاحكامها فاذا كانت خالية عن الحكم تكون لغوا ولكن الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالهبة فانها عقد تمليك ثم الملك بها يتأخر الي القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهى اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزاً كان عمله في تغيير وصف العقد لا في تغيير أصله فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسداً وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير يتخمر يبقي مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وان كانت حراما عليه فاثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم الى انضمام مايقوم اليه وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تأخر الملك الى مابعد القبض وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار فانه انعقد مفيداً لحكمه ولكنه تأخر ثبوت الحكم الى سقوط الخيار علي أن ذلك في معنى المعلق بالشرط لانه يقول علي أني بالخيار والمتعلق بالشرط معدم قبل الشرط ألا ترى انه تعذر أعمال التعليق في أصل السبب فيجعل عاملا في الحكم وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالاحرام يفسد بالجماع ويبقى أصله والطلاق في حالة الحيض حرام شرعا ويكون مفيدا لحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبران أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يقبضه باذن المالك فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن على وجه وهو أن يجعل الموعود من العقد كالمتحقق وليس بينهما عقد موجود هنا فعرفنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق واذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البدلين وبتخمر العصير لا تنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا أنه فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا يكون مالا في حق أهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا فيملك بادائه لانعقاد العقد موجبا الملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس بمال في حق أحد فلانعدام ركن العقد في محله لا ينعقد العقد . قال (ولو كان المشترى أعتق الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أودبرها أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد في كتاب الشهادات في نظير هذا (قال) لانه مالك رقبتها وهنا (قال) لان البائع سلطه عليها وهو اشارة الي ماقلنا لان التمليك تسليط علي التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا بأن (قال) أعتقها ألا ترى أنه ذكر في كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له أن يتناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائز يعتبر التسليط في حق تناول الطعام فكذا في حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ويعود التصرف باعتبار أصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط علي التصرف ثم قد تعذر ردعينها فيلزمه رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما أشبه ذلك لان المشترى شراً فاسداً لما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشترى الثاني وحق الله تعالى من حيث فسخ العقد بالرد علي البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالى ولكن الله تعالى أغنى والعفو منه أرجى بخلاف المشترى من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الغاصب لانه تعلق به حق المشترى وحق المغصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد فترجح حق المغصوب منه لانه أسبق . قال (وليس عليه فى الوطء مهر وفى كتاب الشرب يقول وعليه العقر قبل تأويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطء حتى ردها علي البائع فان بردها ينفسخ الملك من الاصل فتبين أن الوطء صادق ملك الغير فيلزمه العقر بالوطء وهنا قال استولدها وبالاستيلاد يتقرر ملكه فانما وطئها وهى مملوكة له فلا يلزمه العقد بذلك وقيل ما ذكر هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وماذكر هنالك قول محمد وأصله فيما ذكر هشام أنها لو زادت فى يد المشترى فى بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق البائع فى الزيادة ويجعلها مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالزيادة فى حكم زيادة هى ثمرة ومن أصلها أن الزيادة تكون فى يد مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطء فلهذا لا مهر عليه . (قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض يكون لازما فى حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلهذا لزمته قيمتها وان افتكها قبل أن يضمنه القاضى قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحول حق البائع الي القيمة وكذلك ان عجزت عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق الي القيمة فان التحول انما يكون بقضاء القاضي فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء ردها على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين فكذلك ان رد عليه بعيب قبل أن يقضى القاضى عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع قضاء القاضى بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضى بالقيمة فقد تم تحول الحق الى القيمة فلا يعود فى العين بعد ذلك كما لو أبق المغصوب فقضى القاضى بقيمته على الغاصب ثم عاد . قال (ولو كان أجرها فله أن ينقض الاجارة ويردها) لان الاجارة تنفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتنفسخ الاجارة ألا ترى أن المشترى لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقض الاجارة ليرده فهذا أولى . قال (وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد أو الى الدياس أو الى العطاء أو الى جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى البيع الى العطاء فان عائشة رضى الله تعالى عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله تعالى عنهما كان يفسد ذلك وابن

أبي ليلى رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالي عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا الاجل الذى ذكره لغي ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادراً فكان هذا بيعاً بأجل معلوم ولكنا أخذنا بقول ابن عباس رضى الله عنهما ، لان العطا فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدوا لهم والآجال بالاوقات دون الافعال قال الله تعالى (قل هى مواقيت للناس والحج) ثم الشرط فى البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم فى السلم الى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولا وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أوأنه قد يتعجل الحر وقد يتأخر اذا أبطاء البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر . قال (فان أبطل المشترى الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحسانا . وقال (زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لايجوز البيع لانه انعقد فاسداً وتصحيح العقد الفاسد فى استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحاً بالاشهاد والنكاح الي أجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشترى بالقيمة لو هلك فى يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضاء صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكنا نقول المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصا في خاتم أو جذعاً فى سقف ثم نزعه وسلمه الى المشترى البيع كان صحيحا وتحقيق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود فى الحال فالشتاء ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله فى الذكر ولاجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فاذا أسقطه مجيء أوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما فى الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر فى نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوي النكاح وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فعرفنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد وهذا بخلاف ما اذا باع بألف ورطل من خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا اذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه . قال (وان اشترى الى النيروز أو الى المهرجان فهو فاسد) أيضا لانه ليس من آجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا الى فطر النصارى قبل أن يشرعوا في صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما . قال (واذا اشتري شيئا الى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه على احدهما وأمضي البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطيلسانين حواريين الى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلي بمسحين ساريين الى أجل وكذلك لا بأس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين الى أجل وهذا مبنى على الاصل الذى بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحدا وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم

باب الاختلاف في البيوع

﴿ قال ﴾ رحمه الله اذا اشترى سمنا أو غيره في زق فايزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البائع ليس هذا بزقي وقال المشتري بل هو زقك فالقول قول المشتري مع يمينه) لان الزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول في تعيينه أيضا قوله كالمغصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المعقود

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزق فالبائع يدعى الزيادة فعليه البينة والمشترى منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه • قال (وان اشترى عبدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البائع ثم اختلافا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشترى مع يمينه) لان حاصل اختلافهما فى مقدار ما قبضه المشترى فالبائع يقول قبضت ثلثى المعقود عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشترى ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشترى مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد علي الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقى عند البائع (فقال) المشترى قبضت منك ثلثه و(قال) البائع نصفه كان القول قول المشترى مع يمينه ولو كان المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالآخر يرده بالعيب فاختلافا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه لان المشترى هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما فى مقدار ما رده بالعيب فالمشترى يدعى الزيادة فيه والبائع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يتقرر علي المشترى وانما الاختلاف بينهما فى مقدار ما تقرر من الثمن علي المشترى فالبائع يدعى في ذلك زيادة والمشترى منكر ردهما اتفقا ان جميع الثمن متقرر على المشترى بالقبض ثم الاختلاف بينهما فى مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشترى يدعى زيادة فى ذلك والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن علي قيمة الذى يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع لان الانقسام علي قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل فى العقد غير معيب ولو أقاما جميعاً البينة علي قيمة الميت أخذت بينة البائع أيضاً لانها مثبتة الزيادة فى المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين يترجح • قال (واذا اختلف البائع والمشترى في الثمن والسلعة قائمة فى يد البايع أو المشترى فانهما يتحالفان ويترادان) استحساناً وفى القياس القول قول المشترى لانهما اتفقا علي أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى فى الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالي عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول مايقوله البائع ويترادان (والثانى) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان أبو حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعى حقا لنفسه على صاحبه فان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى يدعى وجوب تسليم السلعة اليه عند أداء ما أقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشترى فالتحالف بخلاف القياس لان المشترى لا يدعى لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وهو قول زفر واحدى الروايتين عن أبي حنيفة لان الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضى الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشترى لا تنقطع المنازعه ولكن يجبر على اداء ما ادعى من الثمن واليمين تقطع المنازعة فيبداء بيمين من يكون نكوله أقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين المشترى وهو قول محمد واحدى الروايتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكاراً واليمين على المنكر ولان أول التسليمين على المشترى وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في بيع المقابضة القاضي يبدأ بيمين أيهما شاء لانه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أو هو قائم مقام الاقرار وان حلفا جميعا معا ذكر في كتاب الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بألف درهم لان الزيادة التى ادعاها البائع انتفت بيمين المشترى وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضي بالبيع بما وقع عليه الاتفاق من الثمن ولكنا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم وترادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضي وجوده من الجانبين وأحد البدلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ العقد اذا طلب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بينته أما البائع فلانه مدعي حقيقة وقد أثبت الزيادة بالبينة وأما المشترى فلانه مدعي صورة لانه يدعي العقد بالف درهم والدعوى صورة تكفي لقبول البينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وأقام البينة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لما فيها من اثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشترى ثم اختلفا في الثمن) فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشترى مع يمينه وعند محمد والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان ويترادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المتبايعان وترادا ولا يمنعا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور على سبيل التثنية أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة فى الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالفين ألا ترى أن شاهدى البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة وجب قبول بينته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة وهلك أحد البدلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ثم اذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسداً والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه فى حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشترى لا يدعي لنفسه شيئا على البائع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضا ولكنا تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه البينة لان قوله اذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطا لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان فى معناه وحال هلاك السلعة ليس فى معنى حال قيام السلعة لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشترى والفسخ على غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المقايضة فان أحد العوضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهى قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت فى حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعي عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن ألا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بألف قد يصير بالفين بالزيادة فى الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند حط بعض الثمن واختلاف الشاهدين فى مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينة المشترى عند الانفراد لانه مدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودع يدعى رد الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشترى لو كان جارية حل للمشترى وطؤها ولو كان الاختلاف فى الثمن موجبا اختلاف العقد لما حل له وطؤها كما لو ادعي أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما اذا حلفا يبقى العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضى انما يفسخ البيع عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشترى وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها ولما تأخر حكم الفسخ الي طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا أن الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد فى حادثة واحدة في حكم واحد اذا ورد فالمطلق محمول على المقيد . قال (وان كان البائع قد مات واختلفت ورثته مع المشترى فى الثمن فالقول قوله ورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك بحكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع وان كان المشترى قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك ان مات المشترى وبقى البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشترى قاموا مقامه في ثبوت العقد فانه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند أبى حنيفه وأبى يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشترى وعند محمد يتحالفان ويترادن وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة فى الثمن فان كانت السلعة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وان لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء على الفصل الاول فان الوارث يخلف الميت كما أن القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهى القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقد باعتبار من يخلفه وهو الوارث اذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا فى الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض الى ما يخلفها وهو القيمة بان قتل قبل القبض ثم اختلفا فى الثمن وبين هلاكها بعد القبض فى حكم التحالف فكذلك في موت العاقد فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لانه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا فى معنى المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشترى على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك فى الفسخ بالتحالف لان صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لا في العقد ألا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وان لم يكن هو عاقداً حقيقة ولا حكما . قال (وان كانت السلعة في يد المشترى وقد ازدادت خيراً ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى) فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفا فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها فى عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بتنصف الصداق فى الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بتنصف الصداق عندهما واذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا ينفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمتنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة اذا زادت في بدنها خيراً لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه تعذر فسخ العقد عليه بهلاكه العبد فى الزيادة فيتعذر فى الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ فى جميع المعقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف فى البعض أولى وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عبداً بالجارية وقبض الجارية وازدادت فى بدنها ثم هلك العبد قبل القبض أو وجد به المشترى عيبا فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو

دليل محمد في ان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم
الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب وبتقرر
السبب يثبت الحكم ضرورة في محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها
ثبوته في الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل وهنا سبب
الفسخ التحالف ولم يتقرر لما بينا أن هذا ليس في معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف
بطريق القياس فيه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشتري مع يمينه. قال (وان كانت
الزيادة المتصلة غير متولدة في الاصل كالصبغ في الثوب والسمن في السويق) فكذلك الجواب
في حكم التحالف إنه على الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد على القيمة هنا أو المثل لان هذه
الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد. قال (وان كانت الزيادة
منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت أوجني عليها فأخذ المشتري
أرشها فحكم التحالف على الاختلاف الذي قلنا) إلا ان عند محمد يفسخ العقد على القيمة
لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد في العيب عنده فكذلك بالتحالف
فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعي رضي الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب
فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشتري وان كانت الزيادة
المنفصلة غير متولدة كالكسب والغلة فانها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفاق
كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشتري بعيب دخلها فالقول
قول المشتري أيضاً لا أن يرضي البائع أن يأخذها ناقصة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بالعيب والاقالة الا أن يرضى
به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالفان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضي
به البائع وان أبى فعلى المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة. قال (وان اختلفا في الثمن وقد
خرجت السلعة من ملك المشتري فهو على الخلاف) الذي بينا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك
ان كانت قد رجعت اليه لوجه غير الذي خرجت به من يده لان هذا ملك حادث فاختلاف
أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجري التحالف باعتبار رجوع عين آخر اليه فكذلك
باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل. قال (وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما
نصيبه من شريكه ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) الذي باع نصيبه لزوال ملكه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المستفاد من جهة البائع ويجعل فى حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذى استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة لايجري التحالف الا أن يرضى البائع لان أصله ان تعذر الرد فى نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على مانبينه فى بابه ان شاء الله تعالى فيكون القول قولهما فى الكل الا أن يرضى البائع به فحينئذ يتحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجري فى الكل ثم فى حصة الذى باع يفسخ العقد على القيمة وفى حصة الذى لم يبع يفسخ العقد على العين . قال (واذا اختلفا البائع والمشترى فى الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان)عندنا و(قال)زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لان هذا فى معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكنا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطاً فيكون القول قول من ينكرها ولا يجرى التحالف كما لو اختلفا فى خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الأجل أو أنكر أصل الأجل وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الأجل عند أبى حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد فاذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما أقر به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضي أيضا الثمن والمعقود عليه فى المجلس فالمشترى يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر . قال (وان اتفقا على الاجل واختلفا فى نصيبه فالقول قول المشترى) لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال (وان قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها مع هذا الوصيف بخمسين دينارا وأقاما البينة فهما جميعا للمشترى) بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضى بالعقدين لان كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة فى حقه مقبولة وقيل هذا قول أبى حنيفة الآخر فأما في قوله الاول وهو قول زفر يقضي بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين ديناراً اذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسئلة فى شرح الاجارات . قال (ولو قال البائع بعتك هذه الجارية لعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشترى) لان حق المشترى في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى . قال (واذا اشترى عبدا بثوبين وتقابضا ثم استحق العبد أو وجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثوبين فانه يأخذ الباقى وقيمة الهالك) لان العقد انفسخ باستحقاق العبد أو رده بالعيب فعلى قابض الثوبين ردهما لانه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفى الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لانه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمغصوب والقول في القيمة قول الذى كانا في يديه لان القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله . قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها) لان باستحقاق العبد يبطل العقد من الاصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وان كان قد دخلها عيب ينقصها أخذمها النقصان أيضاً كما في المشتراة شراء فاسداً وهذا لانها مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالتناول . قال (ولو كان الذى الجارية فى يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لانها مملوكة له فان بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وعليه رد قيمتها مع الولد ان كانت ولدته قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها . قال (ولو وجد العبد حراً كان عتق البائع فى الجارية باطلا لان بدل الحر لا يملك بالعقد) فان الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية فى أحد البدلين لا ينعقد البيع أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما فى المشتراة بميتة أو دم . قال (ولو اشترى العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فان أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوبين أو بعده قبل أن يقضي القاضي بينهما بشئ فهو جائز لانه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوبين فلا اشكال وبعد هلاكهما وان فسد العقد فقد بقى الملك ببقاء القبض لان فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاؤه بطريق الاولي ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعد ما فسد السبب فيه ولو تقابضا ثم استحق أحد الثوبين فقال الذى كان عنده الثوبان استحق أعلاهما ثمناً وقال الذى باعهما بل استحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشترى فى الثوبين مع يمينه لانهما تصادقا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

علي انه لم يسلم لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما يثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعى زيادة في ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه. قال (وان قال البائع بعت منك هذا العبد الذى في يدى بألف درهم وقال المشترى بل هذه الجارية بخمسين دينارآ فهنا كل واحد منهما مدعى ومنكر حقيقة) لانه يدعي كل واحد منهما العقد في عين آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه وان أقاما البينة قضى بالبيع فيهما جميعا بألف وخمسين دينارآ وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشترى ابتعت منك هذا العبد الذى في يدى بألف درهم ونقدت الثمن وقال البائع مابعتك هذا العبد انما بعتك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكا له في الاصل واذا حلف الذى كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلي بائعها رد الالف عليه وان قامت لهما بينة قضى بالبينتين وعلى المشترى أداء ألف أخرى. قال (رجل اشترى عدل زطى وأقر أنه زطى ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك يرده فقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن له لازم) لانه مناقض في دعواه والمناقض لاقول له ولان بسبب خيار الرؤية انما يتمكن من الفسخ اذا أحضر المعقود عليه والذى أحضره كرابيس والمعقود عليه زطى بزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيار الرؤية وان قال لا أدرى أزطى هو ام لا ولكنى أخذته على قولك فانظر ثم جاء يرده فقال وجدته كرابيس كان مصدقا في ذلك مع يمينه لان المشترى ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط واذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض في يده ملك البائع فالقول قوله في تعيينه ضامنا كان أو أمينا وهذا لانه غير مناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطى فالقول قوله مع يمينه وفي الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطى فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك. قال (ولو اشترى ثوبا فقال البائع هو هروى وقال المشترى لا أدرى وقد رآه ولكنى أخذته على ما يقول ثم جاء يرده وقال وجدته يهوديا لم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقي دعواه حق الرد لنفسه على البائع في هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشترى العيب بالمعقود عليه الا بحجة. قال (واذا نظر الى العدل مطويا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده الا بعيب) لانه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قد رأى طرفا من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كرؤية الكل فى اسقاط خيار الرؤية الا أن يكون في طي الثوب ماهو مقصود كالطراز والعلم فحينئذ لا يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية . قال (واذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يردها فهذا بمنزلة هذا العيب فيها) لان العبيد جنس واحد لاتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فانما فات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق الرد كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى البيع

(قال) رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية بخير النظرين ففيه دليل جواز اشتراط الخيار فى البيع والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي الى شرط الخيار والمحفلة التي اجتمع اللبن فى ضرعها والمحفل هو المجمع واجتماع اللبنين في ضرعها قد يكون لغزارة اللبن وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن فى ضرعها فلا يتبين احدهما عن الآخر للمشترى الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه اذا حلبها في اليوم الاول لا يتبين له شيء وكذلك في اليوم الثانى فلعل النقصان تمارض فاذا حلبها في اليوم الثالث وكان مثل اليوم الثانى علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج الى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله بخير النظرين ثلاثة أيام وأما اذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله له أن يردها ويرد معها صاعا من تمر لاجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراة وهى التى سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهى (الحوض) فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله له أن يردها بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشترى كاتبا أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً وعن أبى يوسف فى الشاة المحفلة أخذ بالحديث وأقول يردها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعي بالحديث وهو

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشتري شاة محفلة فهو يؤخر النظرين الى ثلاثة أيام ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعا من تمر وبعد ماصح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للاصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور يثبت للمشترى حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد فى وسطها دكانا أو اشتري قفة من الثمار فوجد فى أسفلها حشيشا ثم ذكر الايام الثالثة ليس للتوقيت فى خيار العيب بل لبيان المدة التى يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلان ما كان موجوداً عند العقد من اللبن قد أتلفه المشترى أو فسد فى يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلهذا أقام أحدهما مقام الآخر وا كثر ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولا به واختلف أصحاب الشافعي فيما اذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشترى حاملا فمنهم من يقول له حق الرد اذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحبل فى بيع الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتبا أو خبازاً يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشارط ذلك للمشترى وحجتنا فى ذلك ان مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لان اللبن ثمرة وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة فبقلتها أولي واذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن يثبت الخيار للغرور لان المشترى مغتر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللبن بالبناء على شىء مثبتة فان انتفاخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن فى الضرع وقد يكون بالتحفيل وعلى ماظهر من عادات الناس احتمال التحفيل فيه أظهر فيكون هو مغتراً فى تباطنه على المحتمل والمحتمل لا يكون حجة وقد كان متمكنا من أن يسأل البائع ليبنى على النص الذى سمع منه فحين لم يفعل كان مغتراً ولئن كان مغروراً فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندنا لان اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فاكثر مافى الباب أن يجعل ذلك بمنزلة خبر يخبره البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا فى العقد والغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الغار كمن أخبر انسانا بأمن الطريق فسلكها فأخذ اللصوص متاعه وانما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يثبت للمغرور حق الرجوع اذا كان مشروطا فى عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع ما فى القفة عنب فاذا وجده بخلاف ماشرط كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنا انه انما يقبل من أحاديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه مالا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لانه ظهر تساهله فى باب الرواية وقد رد ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بعض رواياته بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنازة فقال أيلزمنا الوضوء عن حمل عيدان يابسة ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدها) ان ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب المثل والقول قول من عليه فى بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة فاما ايجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر وهو مخالف للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عزيزة اللبن فكان العقد فاسداً بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ماحلب من لبنها لان المشتراة شراء فاسداً ترد بزوائدها وقد كان المشترى أكل اللبن فدعاهما الى الصلح ورد مكان اللبن صاعا من تمر بطريق الصلح فظن الراوى أنه ألزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الانصار بالخيار فى كل بيع يشتريه بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حبان ابن منقذ وأبوه منقذ بن عمر فالاختلاف فى اسمه روى الحديث باللفظ الذى ذكرنا وقد كان يغبن فى البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابه ولى الخيار ثلاثة أيام وكان ألثغ باللام فكان يقول لاخزابه ففى الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس يأبى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس الى ذلك *فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك الا أن يرى النظر فيه ويزيه بعض أصدقائه ليحتاج لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالاجارة ونحوها فشرط الخيار فى العقد أولى ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لان الشرط لا يخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت أو قصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهراً وجب الوفاء به لظاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعنى فيه أن هذا مدة ملحقه بالعقد شرطاً فلا تتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان مازاد على الثلث كالثلث فى المعنى الذى لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار هناك أكثر من ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدل بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعى إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن الفائدة لانه ما كان بحارق في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا وهو قياس يسده الأثر لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر الا أنا تركنا القياس فى مدة الثلاثة لو رود الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الطفالة لانها تحتمل الغرر والخطر ألا ترى انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفى حديث عمر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وأنه اجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجة وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام ففيما رآه لحاجة وان شرط الخيار أربعة أيام فسد البيع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فان أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع صح العقد عند أبي حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء على ما بينا من الشراء بثمن الى الحصاد وهذا لان شرط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل الخيار فى اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فاذا فصل بالاسقاط صار كأن لم يكن فأما اذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من اليوم الرابع بالايام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لان عمل الاسقاط فيما بقى لا فيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به . قال (وان كان الخيار للمشترى ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع) وكذلك ان كان الخيار للبائع فمات البائع أو كان الخيار لهما جميعا فماتا فقد لزم البيع وأجمعوا انه اذا مات من عليه الخيار فان الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و (قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه فى التصرف بحكم الخيار لان هذا حق لازم ثبت فى عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما فى ملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فانه غير لازم ولا ثابت فى بيع منعقد وبخلاف الاجل فانه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما فى ابقاء الاجل فان ذمة الميت مرتهنة بالدين ما لم يقض عنه فلا نبسط يد الوارث فى التركة لقيام الدين على المورث فأما فى توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعا فان الضرر والعين يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت فى عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولان البدل الذى من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقى خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكا له فاذا كان الملك باقيا للبائع فى المبيع الى وقت موته انتقل الى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورة انتقال الملك الى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار اليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما (قال) فى الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فى رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال الى الوارث فأما مالا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كلكه فى منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى الوارث لأنه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث فى الملك لا فى العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة *ألا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه فى الملك الباقى بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشترى ووارث البائع لا يخلفه فى ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشترى المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فأما خيار العيب لا نقول بانه يورث ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشترى بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لانه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء *ألا تري أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتعيب المبيع فى يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد فى حق الوارث ولا يمكن التوريث له فيه ولان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك للفسخ فى حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط علي التصرف فى حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ماهو المستحق بالعقد حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخلف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هى له كالأجل فانه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفى ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون فى تركته ما يديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بتغير السعر أو يتصرف الوارث فى التركة لانه انما لا يبسط فى التركة يده اذا حل الاجل فاما اذا بقى الاجل قام الوارث مقام المورث في

التصرف فى التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك اذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغمى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بمضي المدة فلزم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضى الوقت والبيع فى الاصل لازم وانما الخيار كان مانعا من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن .قال(وان كان الخيار للمشترى فهلكت السلعة فى يده لزمه الثمن وانقطع الخيار)لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضا للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عنده بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأى وجه تعيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطء لا يحل الا فى ملك مستقر فاقدامه على وطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يعرضها على للبيع ليبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه بتقرر ملكه فيها وكذلك لو قال قد رضيتها لانه بالرضى يسقط حقه فى الرد ولا يلزم البائع شيء فالمبيع لازم فى جانب البائع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنه اختار ردها على البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشيء وله أن يرضي بعد ذلك مالم يعلم البائع بفسخه فى الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشترى أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلاقى خالص حقه فيكون نافذا كالزوج اذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر فى تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثانى) أن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكنا من الفسخ بغير

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفي شخصه حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ولهذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشترى من حيث سقوط خياره بمضي المدة ثم هناك المشترى غير مسلط علي الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فاذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير مالم يعلم به كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه مالم يعلم به وبيان الوصف أن العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان بتصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا تمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب مالم يعلم به كما في خطاب الشرع *يقرره أن البائع لا يطلب لسلمته مشتريا آخر بناء على ان البيع قد تم بمضي المدة فاذا جاء المشترى بعد ذلك فاخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشترى واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل لعجز المشترى عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شيء وهو نظير الرضي بالعيب من المشترى فانه يصح بغير علم البائع لانه لا يلزمه شيء ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه *وتقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف المشروط له الخيار لا ينفذ في حق صاحبه بتسليطه اياه علي ذلك وكيف يقال هو مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما تمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فوق علمه به * يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بايقاع الطلاق لا يلزمها شيء انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شيء لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي على حاله وقيل في خيار المعتقة ان فسخها لا ينفذ الا بمحضر من الزوج فلا يسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزداد بحرمتها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لا الزام الغير شيئا ولا يتمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسلطة بتخيير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فيجعل كأن الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا . قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الاجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الاجارة كما لا ينعقد أصل العقد منها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عن ماحدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا . قال (ولو كان الخيار للبائع فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء على صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولا كنا نقول البائع مارضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الاصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هناك لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه فيتم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك . قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أو دبرها أو وطئها أو قبلها من شهوة او

كاتبها أو رهنها وسلمها أو وهبها وسلمها أو أجرها وسلم أولم يسلم فهذا كله نقض للبيع * فأما العتق والتدبير والكتابة فلانه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلا لابتداء البيع ولاثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطء والتقبيل فدليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك الا بعد انفساخ البيع لان هذا تصرف لايحل الا في الملك فلولم ينفسخ البيع به لكان اذا جاز البيع بعد هذا ملك المشترى المبيع من وقت العقد بزوائده فتبين ان وطأه في غير الملك وذلك لايحل فاما بالهبة والتسليم فلانه أزال ملكه عن العين وبالرهن والتسليم أوجب للغير فيه حقا وبالاجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنعه من الزام البيع ولهذا شرط التسليم في الرهن لان حق المرتهن لايثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك في الاجارة لانه يلزم بنفسه ثم فسخ العقد بهذا الاسباب صحيح بغير محضر من المشترى لان ثبوت الفسخ بطريق الحكم لابقصد التصرف الى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذى وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلمه بخلاف مااذا عزله قصداً ولو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشترى فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو على الخلاف الذى بينا وان اختار لزوم البيع والمشترى غائب فهو جائز لانه لايلزم المشترى بتصرفه مالم يلتزم فالبيع لازم في جانب المشترى وانما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالاجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشترى فليس له بعد ذلك أن ينقضه كالولم يكن في البيع خيار لواحد منهما * قال (واذا اشترط أحد المتبائعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و (قال) زفر لايجوز البيع بهذا الشرط لان خلاف مايقتضيه العقد فان خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فاشتراطه لغير العاقد خلاف مقتضى العقد فيكون مفسداً للعقد ولان هذا يتعلق بانفساخ العقد وابرامه بفعل الغير والبيع لايحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فان ذلك لايثبت لغير العاقد فكذلك هذا وحجتنا في ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه منه لانه يجعل الغير نائبا عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك الا بعد ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لان جواز اشتراط الخيار للحاجة الى دفع الغبن وقد يشترى الانسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج الى شرط الخيار لمن يكون مهتديا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فلاحاجة الى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه . قال (واذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع) لفوات القبض المستحق بالعقد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري فجاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما في الغاصب وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي بعتني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه بمنزلة ابتداء التمليك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التمليك له في هذه العين والمشترى منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا * يوضحه ان البائع لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم آن زمن الخيار رد المبيع بمحضر من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه * وان قال المشتري قد أجزته وقال الذي له الخيار قد رددته فان سبق أحدهما فان تصرف السابق منهما أولى اذا كان رداً كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولي لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت البيع * وقال الذي له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * وفقه هذا الكلام ان الحاجة الى الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك ينعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولكن الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفاسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرع الخيار لاجله فكان تصرفه أولى. قال (واذا كان الخيار للبائع أو للمشتري فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع فعلى المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد واذا بطل الفسخ عاد الى ملك المشتري وهو في يده هلك فيهلك مضمونا عليه بالثمن اذا كان الخيار للمشتري واذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشتري يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشتري لا يكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بجهة العقد فصار كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز فينفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لا يجوز فيه عتق المشتري ولا شيء من عقوده * أما اذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد في ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشتري وكذلك اذا كان الخيار للمشتري لانه بفسخ المشتري يعود العبد الى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد الى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا قال (واذا اشترى الرجل عدل زطي برأس ماله ولم يعلم ماهو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده اذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقمه فهو فاسد فان أخبره برقمه فهو بالخيار لينكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه رابحا أو خاسرا في حقه اذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم رآه كذلك ههنا. قال (وان استهلكه المشتري قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تصحيح العقد فيه باعدام رأس ماله لانعدام المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل . قال (واذا كان البائع والمشتري جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذى أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفي للمنع من انبرام العقد. قال(وقد بينا أنه اذا اشترى عبداً على انه ان لم ينقد الثمن الي ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز)استحسانا فرع عليه * وقال فان أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لان هذا في معنى اشتراط خيار المشتري لنفسه وخيار المشتري لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبي حنيفة رضي الله عنه خيار المشتري يمنع دخوله في ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه فاذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفي البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده في الحكم سواء . قال (وان كان المشتري اثنين وهما بالخيار فاختار أحدهما رده والآخر امساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالي له ذلك *وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده *وعندهما له ذلك وكذلك اذا اشتريا شيئا فوجد أحدهما به عيبا فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهما يقولان الراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعده الآخر عليه كما لو كان العقد في صفقتين* وتحقيقه ان الرد يلاقي ملك المشتري والمبيع في ملك المشتريين متفرق فصار نصيب كل واحد منهما كعقد علي حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقي ملك البائع والقبض يلاقي يد البائع وهو مجتمع في ملكه ويده فلا يكون لاحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقي ملك المشتري ولو كان البائع اثنين والمشتري واحداً لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقي ملك المشتري وملك المشتري مجتمع لانه واحد وان كان البائع اثنين

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متخيراً مستبداً بالتصرف فيما يرجع الي دفع الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ اذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده وربما يكون فى الاجازة لاحدهما ضرر وللآخر نظر فكما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة* يوضحه أن الراد منهما ماثبت له الخيار الا فى نصفه ولو اشترى العبد كله علي انه بالخيار فى نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار* فاذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا فى نصفه فهو أولى *وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره * وبيان الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فاذا رد أحدهما النصف فانما يرد النصف معيبا بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبعيض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به والرجوع في معرفة العيب الى العرف فالاشقاص فى العادة لا يشترى بمثل ما يشترى به فى الاشخاص* فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبعيض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلا ثم نقد أحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضيا بعيب التبعيض لملك ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضيا بعيب التبعيض فانما يرضى به فى ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به فى ملك نفسه * الا ترى ان المشترى لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيبا لا يردها لانها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع علي تزويجها وذلك أقوي من الرضي بتصرفه ولكن انما يرضى به في ملك الغير لا فى ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانه وان حدث فى يد البائع فانما حدث بفعل المشترى والمشترى اذا عيب المعقود عليه فى يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره الا أن هذا العيب يعرض الزوال بأن يساعده فى الرد على الرد واذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالا ان فى امتناع الرد ضرراً علي الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن ايجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والراد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشترى ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشترى لانه يرجع بحصة العيب من الثمن فلهذا كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كما لو شرط الخيار في نصفه فالبائع هناك رضي بعيب التبعيض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ وهنا مارضي بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في النصف بمقتضي قوله وملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير مالو أوجب البيع في النصف صح قبول المشترى في ذلك النصف واذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما في النصف . قال (وان اشترى شيئا على أنه بالخيار الى الغد أو الى الليل أو الى الظهر فله الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له الخيار الى طلوع الفجر أو الى أن تغيب الشمس أو الى أن تزول الشمس ولا تدخل الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو * قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلا بالبعض كما في المساحات والأوقات وهي مسئلتنا فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال ليكون حداً فلهذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد ذكرا حتى اذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة الى ثلاث تطلق ثلاثا واذا قال لفلان على من درهم الى عشرة يلزمه عشرة فاما الاوقات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) ومن حيث الاحكام اذا باع بثمن مؤجل الى رمضان أو أجر داره الى رمضان أو حلف لا يكلم فلانا الى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضأ فادار الماء على مرافقه وبه يتبين ان الى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه الا عند قيام الدليل عليه ولابي حنيفة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البدل الذى في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى والملك الثابت له بيقين لا يزال بالشك واذا كانت الغاية تدخل في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط وهو سقوط

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ما علق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخريج المسائل لابي حنيفة فان في وقوع التطليقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفي الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه الا اذا ثبت الحق فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة وفي اليمين اباحة الكلام أصل فلا تثبت الحرمة والمنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا يشغلها بالشك في موضع الغاية والحرف (الآخر) أن في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لا تدخل الغاية كما في الصوم لو * قال ثم أتموا الصيام الى الليل اقتضى صوم ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الي موضع الغاية وفي كل موضع ذكر الغاية لاخراج ماوراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) لان مطلق الايدى في الطهارة يتناول الجارحة الي الآباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق الأيدى في التيمم الايدى الى الآباط فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا هنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبداً ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفي مسئلة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لان الاجل للترفية فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترفية * وكذلك في الاجارة فانها عقد تمليك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار المعقود عليه وذلك لمد الحكم الى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة * وقد روى الحسن عن أبي حنيفة ان في اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية. قال (واذا اشترى شيئا لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الآمر وهو غائب لم يصدق علي ذلك) لان البيع غير لازم للخيار المشروط للآمر والبائع يدعى لزومه ولو ادعي أصل البيع لم يصدق على ذلك الا بحجة * فكذلك اذا ادعى صفة اللزوم ولا يمين على المشترى في ذلك لانه لا يدعي عليه الرضا وانما يدعيه على الآمر فلو استحلف المشترى على ذلك كان بطريق النيابة عن الآمر ولا نيابة في اليمين ولانه لا يمين له في هذه الدعوى على الآمر لو كان حاضراً فاذا لم يتوجه اليمين على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم يتوجه اليمين على الآمر لانه لا خصومة بين

البائع والآمر فان العقد لم يجر بينهما والاستحلاف ينبني على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الآمر يمين لم يكن للوكيل أن يرده حتى يحضر الآمر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يرده حتي يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يرده بغير يمين لان اشتراط الخيار للآمر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد فعرفنا ان بهذه الدعوى لايتوجه اليمين على أحد واذا أقام البائع البينة ان الآمر قد رضي فالبيع لازم للآمر لانه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة والوكيل خصم في اثبات ذلك عليه لانه نائب عن الموكل والاثبات بالبينة على الثابت صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه *ألا ترى انه لوكان شرط الخيار لنفسه كان خصما في اثبات الرضي عليه فكذلك اذا شرطه للآمر وان لم يقم البينة وصدقه المشترى فيه*وقال الآمر في الثالث بحضرة البائع قد أبطلت لزم البيع المشترى لان اقرار المشترى حجة عليه دون الآمر وقد أقر بلزوم العقد برضا الآمر فيجعل ما أقر به في حقه كالثابت بالبينة فلا يتمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الآمر كالمعدوم فاذا(قال)في الايام الثلاثة بحضر من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاءه فلا تمكن التهمة في اقراره بخلاف ما اذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه أقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضى الايام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من الفسخ في المدة *يوضحه ان اقرار الوكيل برضا الآمر بمنزلة مباشرته للعقد في الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشترى بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الآمر فكذلك اذا أقر برضا الآمر بعد ماشرط الخيار . قال (واذا اشترى عدلا على انه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فأن أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى ان البدل الذى من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفقة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكيل والموزون والعروض والحيوان وما يضره التبعيض وما لا يضره في ذلك سواء لان في تفريق الصفقة قبل التمام ضرراً فان من عادة الناس ضم الجيد الى الرديء لترويج الرديء بثمن الجيد والمشروط له الخيار

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه . قال(ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهماشاء ويرد الآخرجازالعقد)عندنا استحسانا وكذلك هذافى ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسدو(قال)زفر رحمه الله مازاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس فى الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهى متفاوتة فى نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد* ألا ترى انه لولم يسم لكل ثوب ثمنا كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لولم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضى الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم خياره يستبد بالتعيين والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما اذا اشترى قفيزاً من الصبرة بخلاف مااذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف مااذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن مايتناوله العقد مجهول فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التى تمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذى يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل فى الثلاث وما دونه ولا يتحمل فى الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتباراً للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة *فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله الى السوق ولا يرضي البائع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة علي الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط ورديئ فاذا حمل الثلاثة الى أهله تم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطلق ذلك فى غير هذا الموضع من الكتب . قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ويرد الباقى وهو فيه أمين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه) وهذا لانه حين أشرف علي الهلاك فقد ثبت فى يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون هالكا على ملكه فاذا تعين البيع فى الهالك كان هو أمينا فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أمانة لانه ماقبض الآخر للشراء فاذا تعيين البيع فى أحدهما تعيين البيع فى الهالك كان
أمينا فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة وفرق بين هذا
وبين ما اذا طلق احدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما تتعين الباقية للطلاق دون
الهالكة وهنا تتعين الهالكة للبيع (قال) على القمى لافرق بين المسئلتين في الحاصل لان
فى الفصلين مايهلك على ملكه أما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى
للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة علي ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح
ماذكرنا ووجه الفرق أن الثوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد
لانه عجز عن رد مااشترى كما اشترى فيتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة فأما فى
الطلاق والعتاق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق
عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا
اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقى
لان العقد يتناولهما جميعا *ألا ترى أنه يملك *العقد فيهما فبعد ماتعذر عليه رد أحدهما
لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول
أحدهما *ألا ترى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ماهلك احدهما وتعيب كان له رد الباقى
. قال (وان هلكا معا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا أو مختلفا) لان
أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك فى يده والآخر أمانة وليس أحدهما لتعينه مبيعا
بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعد الهلاك لا يتحقق تعين البيع فى احدهما
فللمعارضة قلنا فيستبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أمينا فى نصف كل واحد منهما
مشتريا نصف كل واحد منهما ولان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال (وان كانا قائمين باعيانهما وأراد ردهما فله ذلك لانه أمين في
احدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخر مشترى قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان
اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه وكان فى الآخر أمينا
فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال (واذا اشترى جاريتين احداهما
بالف والأخرى بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى فاعتقهما فى كلمة واحدة
فانه يخير فايتهما اختار وقع العتق عليها ويرد الأخرى) لان عتقه نفذ فى احديهما وهى المشتراة

منهمافان اعتاق المشترى فى المشتراة بشرط الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخرى كانت أمانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما ماتعينت هى للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احديهما بغير عينها . قال (ولو لم يعتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدرى أيهما أول فقال المشترى حدث العيب بالتى قيمتها خمسمائة أولا فالقول قوله) لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم أن البيع تعين فيها بأن تعينت فى يده أولا وجب قبوله فى ذلك ويرد الأخرى ونصف قيمة عينها فى القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعينتا فقد فات جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل واحد منهما يتردد بين الضمان والامانة فللتردد كان نصف مافات من كل واحد منهما فى ضمان المشترى وقوله في تعيين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب فى الاخرى غير مقبول فلهذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيين الأمانة فى يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض مالزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما * ألا ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احديهما وهى التى عينها للمبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الأخرى . قال (وان حدث العيب بهما معا رد أيتهما شاء وأمسك الاخرى بخلاف ما اذا هلكتا) لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين البيع فيه أيضا فلهذا يبقى خياره بعد ما تعينتا معا اذ ليست احداهما بتعيين البيع فيها بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلهذا لا يتمكن من ردها واذا رد احديهما فى القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما فى الفصل الاول . قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمعدوم فكأنه ماتعيب الا احداهما الآن وذلك موجب تعيين البيع لعجزه عن ردها كما قبضها * وكذلك لو ماتت احداهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الأول

صار كالمعدوم ولو ماتت احداهما في يده أو جنى عليهما قبل التعيب لزمه البيع فيها
ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشترى لم يعتق لان باختيار المشترى
تعين البيع فيها فانما أعتق البائع مالا يملكه وان أعتقهما جميعا عتقت التي ترد عليه منهما
لان عتقه نفذ فى احديهما فان احديهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيهاخيار
فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى أمانة وهى باقية على ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعتاقه
لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غيرمتمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري
اختر أيتهما شئت فاذا اختار احديهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها • قال (وان
اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ فى احديهما) لان احديهما ما كانت مملوكة له حين
أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا نفذ عتقه في احديهما بغير عينها كان
البيان فيه الى البائع • قال (ولو لم يعتق واحد من المولين شيئا منهماولكن المشترى وطأهما
فحبلتا ثم مات قبل أن يبين أيتهما اختار فان عرفت الموطوءة أولا فهى أم ولده) لان إقدامه
على وطئها تعيين للبيع فيها واسقاط للخيار فان الوطء لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل
تقريره الملك فيها • ألا ترى ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما خير بريرة رضى الله
تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا
لخيارها واذا تعين بيعه فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولد له ويرد الاخرى
وولدها على البائع ولا يثبت نسبه من المشترى لانه ليس له في الأخرى ملك ولا شبهة
ملك وعليه عقرها • وهذا لان الحد قد سقط بالشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك
لا ينفك عن حد أو عقر فاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم أيتهما وطئت أولا فالقول
قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو بين الموطوءة أولا منهما وجب قبول بيانه • فكذلك
بيان ورثته بعده وهذا • لان ثمن الموطوءة أولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول
قوله في بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشترى نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف
عقرها لانه ليست احداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه
نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقر احديهما بالوطء وليست احداهما بذلك بأولي من
الأخرى فلزمه نصف عقد كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها
للبائع لان المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احداهما بذلك بأولى من الاخرى

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للبائع لان حكم أمية الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما وكذلك يعتق أحد الولدين على المشترى وليس احدهما بذلك بأولى من الآخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته للبائع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشترى منهما مجهول وانما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت فى المجهول . قال (واذا وطئها المشترى والبائع جميعا فادعى هو والمشترى ولديهما جميعا فالقول قول المشترى في التى وطئها أولا وهى أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان للمشترى دون البائع فالمصير الى قوله بالتعيين أولى من المصير الى قول البائع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطئها وهى مملوكة للبائع والاخرى وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه وعلى البائع عقر أم ولد المشترى لاقراره بانه وطئها وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيجعل العقر بالعقر قصاصا ويترادان الفضل ان كان فيه فضل وان مات البائع والمشترى قبل البيان فالقول قول ورثة المشترى لانهم قائمون مقامه ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت نسب واحد من الولدين لا من البائع ولا من المشترى لان الثابت نسبه من كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما أحرار لان كل واحدة منهما أم ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشترى نصف ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوى فان كل واحد من الثمنين يلزمه فى حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة فى القبض والرد ولا الجاريتين والولدين بين البائع والمشترى لان كل واحدة عتقت منهما جميعا . قال (واذا اختلف البائع والمشترى فى اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطا زائدا والآخر ينكر . فالقول قول المنكر كما فى دعوى الاجل وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق عليه واختلافهما في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما فى أصل الخيار فى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الفصل الاول وان اختلفا في مضيه . فالقول قول الذي ينكر مضيه لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما في الأجل ولان البيع حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات والذي يدعى مضى الخيار يسند البيع الى ماقبل هذه الساعة بثلاثة أيام فلا يصدق فى ذلك الا بحجة واذا لم يصدق فانما يظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضى مدة الخيار الا بمضى أيامها. قال (ولو كان المبيع داراً وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البائع. قال (واذا كان الخيار للمشترى فللشفيع فيها الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشترى * ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان. وقال المشترى ماشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان المشترى قد صار أحق بها ملكا أو تصرفا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر . قال (واذا قال الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضيتها فهى لك بالف درهم . أو قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جائز) على ما اشترطا استحسانا وفى القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله * وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو . قال ان تكلمت فهى لك بكذا * ووجه الاستحسان انهما أتيا بمعنى شرط الخيار يوما والمعتبر والمقصود هو المعنى فكأنه قال بعت منك على أنك بالخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتأخير طريق في الشرع فكأنه قال هى لك بألف فان رضيتها اليوم والا فردها على . قال (واذا كان المشترى بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره ثلاثة أيام) لأنه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى يستخدمه فى المدة فينظر أيوافقه أولا . وكذلك ان ركب الدابة ينظر الى سيرها أو لبس القميص ينظر الى قده عليه فهو على خياره لأنه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولاجله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب والسير وفى الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانيا فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم

باللبس الاول فالثانى يكون اختياراً . وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضيها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا فى الملك عادة فان الانسان لا يسافر بدابة الغير عادة من غير كراء . وكذلك اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فاذا كان ساكنا فى الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لا يسقط خياره فان انتقل اليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لا يكون ذلك اختياراً عادة بل يكون رضا بتقرر الملك . قال (واذا قبل جارية بشهوة ونظر الي فرجها بشهوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل الرضي فتقرر ملكه فيها بمنزلة الغشيان . قال (وان كانت الجارية هى التى نظرت الى فرجه أو قبلته أو مسته بشهوة فأقر المشترى أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضا وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا فى الرجعة وهذا قول أبى يوسف وقاسه على قول أبى حنيفة رحمهما الله يعنى في الرجعة وأما فى قول محمد فلا يكون ماصنعت الجارية بالمشترى رضي منه لانه لم يصنع شيئا والخيار من المشترى انما يسقط باعتبار صنع أو يوجد دليل الرضا منه وصنعها به لا يكون دليل الرضا من المشترى بها وانما هو دليل رضا بكون المشترى مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوا منها وليس هذا نظير مالو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشترى هناك بعجزه عن ردها كما قبضها لا لفعلها * ألا ترى أنها وان تعيبت من غير فعل أحد سقط خياره أيضا * وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن فعلها به فى الحكم كفعله بها بدليل الوطء فانه لو كان نائما فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها . فكذلك دواعى الوطء * ألا ترى ان فى حرمة المصاهرة يسوى بين الوطء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لا يحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها * فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمى لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت فى يده بفعله أو بغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهى حلال للأب وبعد هذا الفعل يردها وهى حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به فى حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا فى الخيار أقبح

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشترى والجارية فى حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذى قررنا وانما يسقط اقرار المشترى انها فعلت ذلك من شهوة لان قول الامة غير مقبول فى اسقاط خياره واقرار المشترى بذلك حجة عليه * ألا ترى أن فى حرمة أمها وابنتها عليه يعتبر اقرار المشترى بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنها ان اختلست ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكنها من ذلك حينئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكنها من تقبيله أو مسه بشهوة . قال (واذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للآمر بأمره . فقال البائع يعني الوكيل قد رضي الآمر . وقال الآمر مارضيت فالقول قول الآمر مع يمينه أنه مارضي لانه فى أصل التوكيل استثنى الرضا حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ بيعه فعند ذلك الوكيل يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والآمر ينكر . فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر أصل الأمر بالبيع . قال (وان اختلف الآمر والمشترى في الخادم وقد فسخ الآمر العقد بخياره فقال الآمر ليست هذه بخادمي . وقال المشترى هي الخادم التي اشتريت منك . فالقول قول المشترى) لان الآمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه فى يد المشترى والقول في تعيين الملك قول ذى اليد أمينا كان أو ضامنا كالغاصب . قال (واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار أن يختار فى الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) فى قول أبى حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز ان اختار بعد الثلاث و (قال) زفر لا يجوز وان اختاره فى الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبى حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأبيد * ألا ترى أن ما لا يتوقت من الخيار كخيار العيب فانه يثبت علي التأبيد ثم الاسقاط انما يعمل فى المستقبل دون الماضي فاذا سقط قبل مضى الايام الثلاثة عمل اسقاطه فى المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده . واذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع فما مضي كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ما مضي غير معلوم فى نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلي قول زفر العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستقبال ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون فى الحكم فى هذا العقد فى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الابتداء. فنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار* والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم فى الحال لان تأثير الخيار فى المنع من انبرام العقد لا فى افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضى الايام الثلاثة ما لم يتقرر عليه الفساد لا يتعين عليه صفة الفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره فى الايام الثلاثة أو أعتقه أو مات في يده أو تعيب فى انه يسقط خياره فى المستقبل باعتراض هذه المعانى ويجب عليه الثمن المسمى.. ذكره الكرخى فى جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع. قال (واذا اشترى عبدين أحدهما بألف والآخر بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات فقال البائع مات الذى بألف درهم قبل. وقال المشترى لا بل مات الذي بخمسمائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما علي ماقال ويحلف المشترى ما يعلم انه مات الذى بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسمائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك. فقال القول قول المشترى الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد *وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى علي صاحبه العقد فى مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه كما لو. قال بعت منك هذا العبد بألف. وقال المشترى انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسمائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما فى هذا الفصل مدع ومنكر حقيقه فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما على العلم لانه استحلاف علي ماليس من صنعه وهو الموت أولا فاذا حلفا فقد انتفا دعوى كل واحد منهما بيمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع فى احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معا فيتسع حكم البيع والامانة فيهما *ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف فى مقدار ماوجب للبائع على المشترى من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فعليه أن يقيم البينة على ذلك والمشترى منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا على أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين فى الثمن بعد هلاك السلعة لان هنالك كل واحد منهما يدعى عقدا آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين علي ما بينا وهنا هما صادقان علي العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الثمن المسمى فالقول قوله لانكاره الزيادة وان قامت لهما بينة لزمه ألف درهم لان بينة البائع تثبت الزيادة. وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا فى الذي أصابه العيب أولا وأقاما البينة فالبينة بينة البائع لاثبات الزيادة فى حقه قبل المشترى. قال (واذا اشترى عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشترى فالبائع بالخيار ان شاء ألزمه البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشترى وذلك لا ينافى خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ العبد يخير في نصف القيمة بين أن يرجع به على الجانى أو على المشترى لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصلت على ملكه ولكن فى ضمان المشترى بالقبض فيكون له الخيار فى التضمين كالعبد المغصوب اذا قطعت يده عند الغاصب فاذا اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشترى لان القاطع ضمن بجنايته وان اختار اتباع المشترى فللمشترى أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه كالغاصب وان كان البائع هو الذى قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع بعد ذلك لان اليد من الآدمى نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفى الاسترداد بحكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع فى النصف بالاسترداد يكون فسخا فى الكل فلهذا لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك. قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تعيبت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور أو غير ذلك لان وطأه إياها دليل الرضا ووطء الغير اياها بالفجور تعييب لها * وقد بينا ان حدوث العيب فى ضمان المشترى مسقط لخياره المستوفي بالحكم فى حكم جزء من آخر العين لان المستوفى بالوطء مايملك بالنكاح والمملوك بالنكاح فى حكم العين ولهذا يثبت مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفي هو أو غيره. قال (مسلم اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشترى فى الثلاثة والعياذ بالله فله أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئا) لان مشيئته لا تنقطع بردته ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد فى ملكه فرده بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما. وعند أبى حنيفة خياره يمنع دخول العبد فى ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئا وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أصحابنا رحمهم الله ان البدل الذى من جانب المشروط له الخيار لايخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال فى قول مثل هذا وفى قول يخرج ويدخل فى ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذا الخيار لا ينافى ذلك كخيار العيب . وفي قول آخر يقول انه اذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار مايقع بعد ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب *ووجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لايكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط لايتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى مايقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بسقوط الخيار وانما تثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشترى أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد فى الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم فى الأصل يثبت فى الزوائد وأما البدل الذى من جانب الآخر على قول أبى حنيفة رضى الله عنه يخرج فى ملكه ولا يدخل فى ملك المشروط له الخيار وعندهما يدخل فى ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من لاخيار له فيتوفر على البدل الذى فى جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما الى ملك الآخر ولهذا خرج من ملكه ولو لم يدخل فى ملك صاحبه بقى مملوكا بلا مالك وذلك لايجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير *والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشترى فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير مالكا لها لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البدل الذى من جانبه عن ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط. فكذلك الآخر لمعنيين (أحدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج المعوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها محل النقل وذلك لايجوز و(الثانى) انه لو دخل فى ملكه من غير أن يخرج

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البدل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به بغير عوض واذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالحاصل انهما بينا مذهبهما على اعتبار حال البدل وأبو حنيفة رضي الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذى شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لا في البدل الذى من جانبه ولا في البدل الذى من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولي لما قررنا ووجوب الشفعة للمشترى بها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون اذا بيعت دار بجنب داره يجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشترى نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط منه لخياره * ويتفرع على الأصل الذى بينا مسائل • منها أن من اشترى قريبه على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط يصير كالمنشىء للعتق فاذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلهذا يعتق عندهم جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة ولو وطئها في المدة كان الوطء بحكم النكاح ولا يمنعه من ردها بخياره • وعندهما يفسد النكاح ولو وطئها في المدة لم يكن له أن يردها بحكم خياره • ومنها أن المسلم اذا اشترى عصيراً على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر • وذلك لا يجوز وقيل في هذا الموضع تتغير العين من صفة الى صفة في ضمان المشترى فينبغي أن يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمي اشترى من ذمي خمراً على ان المشترى بالخيار وقبضها ثم أسلم • فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردها بعد اسلامه • وعند أبي حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع تملكها عند اسقاط الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز • ومنها ان من اشترى جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضت عند المشتري في مدة الخيار ثم أسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجتزي بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجتزي بها ومنها العبد المأذون اذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع من الثمن ثم أراد رده بخياره فله ذلك عند أبي حنيفة لانه لم يكن مالكا له فهو بالرد يمتنع من تملكه. وعندهما كان مالكا فلو رده بعد ما أبرأه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون لا يملك ذلك. قال (نصراني اشتري من نصراني خمراً فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع أو المشتري فلا بيع بينهما) استحسانا وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحا لان المشتري ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها * ألا ترى انه لو كانت خمراً مغصوبة له في يد غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث انه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد يوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكما. فكذلك الطارئ من اسلام أحدهما يجعل كالموجود عند العقد. وكذلك السلم في الخمر يمين اذا أسلم نصراني الى نصراني في خمر يجوز فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن أبي يوسف انه (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد في أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما في بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المغصوب. قال (وان كان المشتري قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلما أو أسلم أحدهما فالبيع ماض والثمن عليه) لان حكم العقد ينتهي في الحرام بالقبض والاسلام الطارئ لا يؤثر في المنع من قبض الثمن * يقرره أن الاسلام اذا طرأ فانه يلاقي الحرمة القائمة بالرد والماضية بالعفو كنزول آية الربا على مانص الله تعالى عليه بقوله (وذروا ما بقي من الربا) أي ما بقي غير مقبوض فعرفنا أن الاسلام المحرم اذا طرأ لا يتعرض للمقبوض. قال (واذا اشترى الرجل عبدين بالف درهم على ان أحدهما له لازم وهو في الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذي لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز. وكذلك ان سمى لكل واحد منهما ثمنا فان لم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضاً لما قلنا وان بين ذلك فحينئذ يجوز لان الذى لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكأن العقد كان فى صفقتين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه فى صفقة واحدة على انه بالخيار فيه والآخر فى صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذى لزمه العقد فيه معيباً وقبضهما وماتا فى يده فهو ضامن لقيمتهما لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب

باب الخيار بغير الشرط

(قال) رحمه الله واذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا فى زق أو حنطة فى جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا رآه عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشترى فالعقد باطل قولا واحداً وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج فى ذلك بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره وبنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئيا للمشتري لاجماعنا على ان المشترى اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقا للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره *يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية فى افساد العقد كبيع الآبق فان المالية فى الآبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل اليه لبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية فى المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين فى البطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعنى المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحجتنا فى ذلك ما روى فى المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه والهاء فى قوله لم يره كناية فينصرف الى المكنى السابق وهو الشئ المشترى والمراد خيار لا يثبت الا بعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه باثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصرى وسلمة بن الحبير رحمهم الله تعالى مرسلا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه ان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف انه مشار الى عينه فان الخلاف فى جارية قائمة بين يديه مبيعة فلاشك ان عينها معلومة بالاشارة اليها. وكذلك ان أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق الى معرفة ذلك الأخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبرته وهذا لان خبر الواحد فى المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئا مملوكا لانسان ثم رآه فى يد غيره يبيعه ويزعم انه اشتراه من الاول أو انه وكله ببيعه جاز له ان يشترى منه بناء على خبره فانما نفى تقدم رؤيه وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبنى على ذلك لان الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيرا من فوات بعض الاوصاف بان كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل لبعض الاوصاف * ألا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه فى بعض المواضع لا يمنع العقد وهو انه اذا باع قفيزا من الصبرة فان عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل ان تأثير العدم فوق تأثير الجهل * يوضحه ان الجهالة انما تفسد العقد اذا كانت تفضى الى المنازعة كما فى شاة من القطيع فاما اذا لم تفض الى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الاوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضى الى المنازعة بعدما صار معلوم العين وانما تأثير هذه الجهالة فى انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك فى العيب الا ان هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فاذ أسقطه تم الرضا فى العيب والسبب ثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

للاسقاط فاذا أسقطه تم الرضاء به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤية فلهذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية *والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو ٠قال زوجتك احدي ابنتي أوزوجتك احدى أمتي لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة العين الا ان فى النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لعلة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أ كثر من ان ماهو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزا أو بيضا أو اشترى قفاعافى كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب فى قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه فى قشر واحد وفي الوجهين المقصود هو اللب دون القشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة الوصف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الاوصاف فى باب السلم فان الدين وصف فى الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الآبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لالعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير ٠وبيعه ممن فى يده ٠وبيع الجنين فى البطن انما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فانه فى البطن جزء من أجزاء الام * ألا ترى انه لا يحتمل التزويج مقصودا٠ فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهى عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه (قال) يارسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه (فقال) صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك والنهى عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان ٠(أحدهما) البائع اذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز عندنا ٠وكان أبو حنيفة رضى الله عنه أولا يقول له الخيار ثم رجع و(قال) لاخيار له و (قال)الشافعى لا يجوز بيعه قولا واحداً والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضاً كانت له بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت (فقال)

الخيار لى لانى اشتريت مالم أره فذكر ذلك لعثمان رضي الله تعالى عنه فقال لى الخيار لانى بعت مالم أره فحكما جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه فقد اتفقوا على جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل فى ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل فى ملكه الثمن وهو طريق اعلامه التسمية دون الرؤية . فاما اذا كان البائع قد رأى المعقود عليه ولم يره المشترى فهو على الخلاف الذى قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشترى أن يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم ومالم يتم الرضا به لا يكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التى هى مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذى اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفائت وذلك يحتمل الاسقاط فلهذا صح الابراء قبل رؤية العيب * يوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشترى عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له فى الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ماهو المقصود وذلك فى بنى آدم برؤية الوجه وفى الدواب برؤية وجهها وكفلها ومؤخرها فيما يروى عن أبي يوسف وفى الغنم يحتاج مع ذلك الى الجنس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك أيضا لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره ما لم يرض بعد العلم بما هو المقصود صريحا أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت . لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشترى فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا فى معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال . بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفائت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط . ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث . لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط . قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقي منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها علي رؤية البعض واذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد . فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى فى ذلك ماقبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض لتمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة . قال (ولو تعذر رد البعض الهالك فى يد المشترى قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقي) لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له أن يفرق الصفقة فى الرد قبل التمام فمن ضرورة تعذر الرد فى الهالك تعذر الرد فيما بقى الا فى رواية عن أبي يوسف (قال) له أن يرد مابقى لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فبهلاك البعض أولي أن لا يسقط خياره فيما بقى ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للاضرار بالبائع فيرد عليه قصده . وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد ما بقى وكذلك كل حيوان أو عرض . فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة ما بقى منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه ومالا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان مالم يره مثل ماراه أو أجود مما رأى . فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التى رآى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا . فقال المشترى قد تغير . وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشترى البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب فى المشترى ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله . قال (واذا رأى متاعا مطويا ولم يقسه ولم ينشره ، فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان في الثوب الواحد يستدل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بروئية طرف منه على مابقى فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الايسيرا وذلك غير معتبر ولان روئية كل جزء منه يتعذر . قالوا وهذا اذا لم يكن فى طى الثوب ما هو المقصود فان كان في طى الثوب ماهو مقصود كالعلم لم يسقط خياره مالم يرذلك الموضع يعنى موضع العلم لان المالية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر الي وجه الآدمى فانه وان رأى سائر المواضع من جسده لا يسقط خياره مالم ير وجهه . قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له الا أن يكون قد تغير عن الحال الذى رآه عليه وان ادعي المشترى التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لانكاره وعلى المشترى البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثل تلك المدة فاما اذا تطاولت المدة فالقول قول المشترى . أرأيت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغير أكان يصدق علي ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر يشهد فيه للمشترى فالقول قوله . قال (واذا اشترى شيئا ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار اذا رآه وروئية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لا يحصل بروئية الرسول فاكثر مافيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض بنفسه قبل الروئية كان بالخيار اذا رآه فكذلك اذا أرسل رسولا فقبضه له فاما اذا وكل وكيلا بقبضه فرآه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبي حنيفة رضى الله عنه و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار اذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء وكل واحد منهما مأمور باحراز العين والحمل اليه والنقل الى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط بروئية الرسول . فكذلك بروئية الوكيل وكيف يسقط خياره بروئيته وهو لو أسقط الخيار نصا لم يصح ذلك منه لانه لم يوكله به . فكذلك اذا قبض بعد الروئية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط بقبض الوكيل ورضاه به . فكذلك خيار الروئية وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول التوكيل بمطلق القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان اتمامه وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الروئية فيضمن التوكيل بالقبض أنابة الوكيل مناب نفسه في الروئية المسقطة لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فأما اتمام ماأرسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض والتسليم شئ والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالي أثبت صفة الرسالة لنبيه صلى الله عليه وسلم ونفى الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فان بقاءه لايمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المعيب خاصة * يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فأما خيار الشرط فقد منعه بعض أصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما أنا نجعل في الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الرؤية سقط به خياره . فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه في اسقاط حصة الذى استثناه لنفسه أو يقول سقوط خيار الرؤية من حقوق العقد لان الرؤية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشئ فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والرؤية بل بالتأمل فيه بعد مدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم رؤية الوكيل بالعقد تجعل كرؤية الموكل . فكذلك رؤية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فرضاء الوكيل بالعيب لا يكون ملزما الموكل . ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذى استثناه الا مر لنفسه نحو ما اذا أمره بأن يشترط له الخيار . فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه . قال (واذا اشترى عدل رطى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقى فلم يرض به لم يكن له أن يرده الا من عيب يجده فيه) لانه تعذر الرد فيما باع وليس له أن يفرق الصفقة في الرد بخيار الرؤية فاذا عاد الى ملك البائع ماباع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع الا في رواية على بن الجعد رحمه الله عن أبي يوسف انه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية . فكذلك اذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الرؤية

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فهو على خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية . ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية . فكذلك اذا باعه على انه بالخيار . وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد مابقى لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام . قال (واذا اشترى عدل زطى بثمن واحد أو كل ثوب بعشرة أو كرحنطة أو خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فعلم به فليس له الا أن يرده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضاء وهذا لانه لا حصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه لا حصة للجزء الفائت من الثمن قبل القبض لانه وصف فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه على البائع . فكذلك اذا فات جزء منه ولان الزيادة التى تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود عند العقد . فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض . وكذلك لو قبض احدهما دون الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض الجميع كسقوط حق البائع في الحبس لما تعلق بوصول الثمن اليه فالم يقبض جميع الثمن بقي حقه في الحبس فيستوى في ظاهر الرواية ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يرده خاصة وان وجد بالذى لم يقبض فليس له الا أن يردهما لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الآخر بصفته وأما اذا علم بالعيب بعد ما قبضهما فله أن يرد المعيب خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الا على قول زفر فانه يقول يردهما ان شاء لان ضم الجيد الى الردىء عادة ظاهرة في البيع فلو رد الردىء بالعيب خاصة تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يردهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والرؤية ولكنا نقول حق المشترى بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولاجله تمكن من الرد ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر على العيب فلا يتعدى حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشترى عند صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والرؤية فالمانع من تمام الصفقة هناك

عدم الرضا للجهل بأوصاف المعقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفى رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام فلهذا لا يتمكن منه. وأما ما كان من مكيل أو موزون من ضرب واحد فليس له الا أن يرد كله أو يمسك كله لان الكل فى الحكم واحد * ألا ترى أن الكل تسمى باسم واحد وهو الكر فالشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض * يوضحه انه اذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين اذا ميز عما ليس بمعيب والمشترى لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فاما اذا كان فى وعائيين فوجد ما فى أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير لانه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع والاظهر فى الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعائين فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل. قال (واذا اشترى ثوبين أو عبدين بثمن واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما فالآخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام الرضا من العاقد به وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا فى الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ماافترقا يبقى العقد صحيحا فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمن المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له فى الآخر لانه سالم واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانا فى الآخر وان استحق أحدهما قبل القبض فله الخيار فى الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى استحق المقبوض أو لذى لم يقبض فله الخيار في الباقى لما بينا أن تمام الصفقة بقبض جميع مايتناوله العقد فابقي شيء منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد أو عبد أو شيء مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد مابقى بعيب الشركة فالتجار يعدون الشركة فيما يضره التبعيض عيبا فاحشا. قال (واذا اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجده ناقصا فله أن يترك مابقى) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقى لان هذا لا يضره التبعيض وباستحقاق البعض لا يتعيب مابقى وقد تمت الصفقة بالقبض. قال (ولو اشترى دارا فنظر الى ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردها الا بعيب) عندنا و(قال) زفر له أن يردها

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسعة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج ٠فاما فى ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها من داخل فالجواب على ما (قال) زفر ومن حقق الخلاف فى المسئلة فحجة زفر هنا الذى ذكرنا الجواب ٠وحجتنا ان النظر الى كل جزء من أجزائها متعذر فانه يتعذر عليه أو ينظر الى ماتحت السور والى مابين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيراً ٠قال (والأعمى فى كل مااشترى اذا لم يقلب ولم يجس بالخيار) فاذا قلب أوجس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجد به عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الاعمي بيعا كان أو شراء و(قال) الشافعى رحمه الله ان كان بصيرا فعمى ٠ فكذلك الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل فى الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشترى بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فاذا احتاج الأعمى الي مأكول ولا يتمكن من ان يشتري أويوكل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى فاذا ثبت جواز شرائه (قلنا) ان كان المشترى مما يعرف بالجس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجس كما تعرف بالرؤية فالمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه ٠ وقال رضيت به يسقط خياره ومالا يمكن معرفته كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا ٠قال قد رضيت سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية فى موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع الغبن عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية أتم وعن أبى يوسف رحمه الله (قال) تقاد الى ذلك الموضع فاذا كان بحيث لو كان بصيرا رأى ٠ فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحريك الشفتين من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق فى التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر و(قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبى حنيفة فالوكيل بالقبض عنده يجعل فى الرؤية كالموكل وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله يمس الحيطان والاشجار فاذا . قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى اذا كان زكيا يقف على مقصوده فى ذلك بالمس و(حكى) ان أعمى اشترى أرضا ٠ فقال قيدونى اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

انتهي الي موضع منها فقال أموضع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لاتصلح لانها لا تكسوا نفسها فكيف تكسونى فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد ما مسها سقط خياره والله أعلم بالصواب

باب المرابحة

﴿ قال﴾ رحمه الله واذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين انه اشتراه بنسيئة) لان بيع المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وجناية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها فى بيع المرابحة ثم الانسان فى العادة يشترى الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشترى بالنقد فاذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر باكثر مما اشترى به وذلك جناية فى بيع المرابحة *يوضحه أن المؤجل نقص فى المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالى عن المقابلة حكما فاذا باعه وكتم ذلك فالمشترى بالخيار اذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا لان المشترى انما التزم ربحا بناء على خبره انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلا من أن يعطيه على ذلك ربحا فللحاجته الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ماشرط البائع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقى منه ولا يرجع فى شيء من الثمن لانه تعذر رده ومجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الروية والشرط و(روى) عن محمد انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه جوز فسخ العقد بسبب التحالف علي القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى فى الكل تحقق الحاجة الى دفع الضرر عن المشترى وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشترى هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقى منه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع فى شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطا وانما كان متعادا كما هو الرسم بين الباعة أن

يودي المشترى الثمن منجما فى كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى فى هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبأن سامحه البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا. ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. فكذلك اذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة فى بعض الاشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه. قال (واذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشترى بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) وقال زفر ليس له ذلك مالم يبين لان المشترى لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له على ذلك ربحا مالم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعي أيضا بناء على مذهبه ان للأوصاف من الثمن حصة وان التعيب بآفة سماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكنا نقول بأن المشترى غير حابس شيئاً من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البدل اذا فات بغير صنع أحد وانما البدل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرأيت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيراً فان نقصه العيب قدر مالا يتغابن الناس فيه لم يبعه مرابحة. قال (وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه) لان ذلك هدراً وان تعيب بفعل المشترى فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون تبعا اذا صار مقصوداً بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع اذا أتلف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل. وكذلك ان عيبه أجنبي بأمر المشترى أو بغير أمره فان فعله بأمر المشترى كفعل المشترى بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه. وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشترى رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقى ولا الرجوع بشيء من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من غلة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشترى مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من المنفعة . قال(واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة) لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبازائه ما يجبره وهو الولد وفى مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة بغير بيان. فكذا اذا استهلك ما تولد من العين. قال(وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما أصاب فى حكم جزء من عينها. وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهى بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وسيأتى بيانه فى باب العيوب ان شاء الله تعالى. قال(فان كان أنفق عليها ما يساوى ذلك فى علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان لأن حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولان في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عاداتهم اذا انفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشترى فله أن يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد. قال(واذا اشترى متاعا فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة والخياطة والكراء ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا فانه كذب)وهذا لان عرف التجار معتبر فى بيع المرابحة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة أو معنى فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصارة والخياطة وصف في العين تزداد به المالية والكراء كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة فنقله من مكان الى مكان لا يكون الا بكرى ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فانه ما اشتراه بذلك فاذا قال قام على بكذا فهو صادق في ذلك لان الشئ انما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان فى عقود متفرقة ولم يحمل عليه ما أنفق على نفسه فى سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهرا ولان

بما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا على بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولان فى هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فان بقاءهم على هيئتهم لايكون بدون الانفاق بالمعروف. قال(واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقى مرابحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون اذا كان صنفا واحدا) لانه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك يبنى وان كان مختلفا لا يبع الباقى منه مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا ليبيعه مرابحة عليه. وكذلك الثوب الواحد اذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه انسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقى مرابحة علي الثمن الاول لان المسمي لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لايكون على الاوصاف فقد تتفاوت أطراف الثوب الواحد اذا ذهب نصفه*ألا ترى انه يشترى ذراع من أحد جانبيه بثمن لايشترى بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان اذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشتري عدل زطى بألف درهم وان كان أخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة فى (قول) أبى حنيفة وأبى يوسف و(قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لان من عادات التجار ضم الجيد الي الردىء ويبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشترى فى شراء الردىء لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع فى بيع الجيد لماله من المقصود فى ترويج الردىء فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لامسك الجيد وباع الردىء مرابحة واذا علم منه المشتري انه كان معه فى العقد أجود منه لم يعطه ربحا على ما سمى فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسن محمد و(قال) لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال. فان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان فى عقدين ومثل هذا العرف الذى اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضا فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويج عليه رديئا بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار العادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة. فكذلك هنا بعد التنصيص علي ثمن كل واحد منهما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لا يعتبر بالعادة . قال (واذا اشترى متاعا بحنطة أو شعير أو شيء مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لان بيع المرابحة تمليك بثمن ما ملك به من ربح ضمه اليه في بيعه فاذا كان الثمن مما له مثل فى جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه . قال (واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) فى قول أبي حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقل فلا يدخل فيه ماقبله من ربح أو وصية * ألا ترى انه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشترى فى المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد فى المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة فى الشراء الثانى . فكذلك اذا استفاد ربحا قبل الشراء الثانى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما استفاد من الربح انما يؤكد حقه فيه بالشراء الثانى لان قبل شرائه كان حقه فيه بعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد فى بعض المواضع كالموجب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثانى وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثانى ولان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض * ألا ترى انما انفق فى القصارة والفتل والخياطة يلحق برأس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب زيادة فى الثمن فلان يضم العقود الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فان هذا الى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا من رأس المال . وكذلك اذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما الى الآخر لان أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فاما اذا اتحد جنس العقود يضم بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر مارجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقى ان شاء وفى هذه المسئلة قد غرم عشرين درهما فى دفعتين وعاد اليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحته على خمسة . قال (ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلا)لانه رجع اليه مثل ماغرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال ليبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أوبدابة ثم اشتراه بعشرة كان له ن يبيعه مرابحة علي عشرة لان ماعاد اليه ليس من جنس ماغرم فيه فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولان الربح لايظهر مالم يعد اليه رأس ماله واذا كان ماعاد اليه من عين جنس ماغرم فيه لايظهر ربحه فيه فلهذا كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني. واذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعاه مرابحة أووضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثا بخلاف مالو باعه مساومة فان في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشترى والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فان الثمن الثاني مبنى علي الاول في هذه العقود لان التولية تمليك لما ملك والوضيعة بنقصان شئ يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة علي ماملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشترى دون الموهوب فاذا ثبت أن الثمن الثاني مبنى علي الثمن الاول وقد كان الثمن الاول أثلاثا فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والاصل في جواز هذه العقود ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال)له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما (فقال)هو لك بغير شئ (فقال)صلوات الله عليه أما بغير شئ فلا. قال(واذا أنفق علي عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال)لانه ليس فيه عرف ظاهر . وكذلك الشعر والغناء العربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بالحاقه برأس المال كان له أن يلحقه به لان زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والزكاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة في مالية العين وعلي هذا أجر الطبيب والرابض والبيطار والراعى وجعل الآبق والحجام والخباز لايلحق شئ من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد الى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولان هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة . وكذلك أجرة السمسار فقد جرى العرف بالحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعى ليس نظير أجرة سائق الغنم لان الراعى لا يستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعى بل يحفظ الغنم فهو كاجرة البيت الذي تحفظ فيه الغنم . وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق الغنم لان الاباق نادر وفي الحاق شئ برأس المال العرف الظاهر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وذلك لايوجد في النادر. قال(واذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول منه شيأ من الثمن فانه يحط ذلك من المشترى الآخر وحصته من الربح ولو كان ولاية حط ذلك)عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب وأصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن تثبت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو هبة مبتدأة لاتتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أومن أجنبي آخر . وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقي عقد على ما في حق الشفيع والمولى . وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة . وحجتهما في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشترى بالعقد الأول فيبقى ملكه ما بقي ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضا اذ يلتزم العوض عن ملك نفسه . وذلك لا يجوز كالمودع يشترى الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيأ من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة في وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال أو كانت جارية فاعتقها المشترى أودبرها لم تثبت الزيادة في الثمن . وكذلك في الصداق الزيادة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فاذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لأن الثمن كله اذا صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمنا الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) أى من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف الطلاق قبل الدخول الا ماتأكد بالتسمية في أصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انهما غيرا العقد بتراضيهما من وصف الي وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطا الخيار لهما أولا حدهما وبيان الوصف انهما يجعلان الخاسر عدلا بالزيادة في الثمن اوالعدل رابحا والرابح عدلا اوخاسرا

بالحط وهـذا وصف مشروع فى البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورابح وعـدل فعرفنا
انهما قصدا تغييره الى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما علكان التصرف فيه رفعا
وابقاء فيملكان التصرف فيـه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف فى صفة الشيء
أهون من التصرف فى أصله فاذا كان باتفاقهما يملكان التصرف فى أصل العقد ففى صفته
أولى فاما قوله أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم
فى يد المشترى على وجـه يجوز الاعتياض عنـه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضاً لان
الانسان انما لايلتزم العوض عما هو مملوك له أصلا ومقصودا فأما ربحا فقد يلتزم العوض
وهـذا لان الأرباح فى حكم الصلاة ولهـذا لوحصـل من المريض كان معتبراً من الثلث
ولانه بيع والعوض بمقـابلة الأصـل دون البيع ۞ ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق
بالمعاوضة تبعا ولايقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الأصـل يعنى عن اعتبار العوض
بمقابلة البيع. فكذلك الزيادة بعـد هلاك المعقود عليه وقد روى فى غـير الاصول عن ابى
حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير لاصل العقد. وفى ظاهر الرواية لاتثبت
الزيادة لان المعقود عليـه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنـه ولا يمكن اثبات الزيادة
عوضا وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهـذا لانه لابد
لاثبات الزيادة عوضاً من اعتبار الحال ثم الاسـتناد الى وقت العقد وقد تعـذر اثباتها فى
الحال فـلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا فى البيع الموقوف انه لابد من قيام المعقود عليه
عند الاجارة ليثبت الملك مستنداً الى وقت العقد وبالاتفاق فى البيع يشترط الخيار على البائع
وعلى هذا إن كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه
فان لم يملك بمقابلته شيئاً كما لو خالع امرأته مع اجنبي على مال وضمنه الاجنبي اوتصالح مع اجنبي
من الدين على مال وضمنه صح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيئاً وعلى هذا الحط الا أن
عمل الحط في اخراج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لاقيام المعقود
عليه والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد
وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ فى الثمن لا يكون والدليل عليه الحط بسبب العيب
والحط في مجلس العقد على أحد قولى الشافعى فانه يثبت ملتحقا بأصل العقد لما قلنا بخلاف حط
الجميع فانه مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فاماأن يفسد به العقدلانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير ذلك العقد هبةوقدكان قصدهما التجارةفي البيع دون الهبة فاما حط البعض لوالتحق باصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير. قال(واذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشترى بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و(قال)أبو يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال ولاخيار له في ذلك وان خان في التولية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول في المرابحة والتولية جميعاً يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لان العقد الثاني في حق الثمن بناء علي الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع فان المشترى اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع وهذا لان السبب الثاني لما أضافه الى السبب الاول فانما يوءثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار مازاد فيه من الربح فيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمنا في العقد الاول بالحط يخرج ذلك من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فاذا ثبت انه لم يكن ثمنا فيه أولى ومحمد يقول فيهما جميعا لا يحط الثمن عن المشترى الثاني لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشترى الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشترى هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق علي المشترى علي وجه لا يمكن ابطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة اوتولية لم يكن مستحقا على المشتري الاول فهوفي تسمية ماسمى غيرقاصد ابطال ماهو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشترى الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشترى الثاني بمثل الثمن الاول وتم رضى المشترى الاول به فما خرج من أن يكون ثمنا في العقدالاول يخرج من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فكان المشترى الثاني بعد ماتم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه مالم يكن ثابتا في العقد الاول كالاقالة لما كانت فسخا عند الاول فما لم يكن ثابتا في العقد لا يمكن اثباته فى الاقالة فاما المرابحة فليست تبنى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار في الثمن *ألا ترى انهما سميا فيه مالم يكن مسمى في العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى *فيه يقرره انه لاحاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانة فيه فيكون لغواً أيضاً وفي المرابحة لابد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينعقد بجميع ماسميا فيها وفرق آخران في اثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ماصرحا به لان به يصير البيع مرابحة لاتولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة . فاما في المرابحة لوأثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ماصرحا به فانما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشترى والبائع داس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشترى واذا سقط خياره بهلاك المبيع فى يده لزمه جميع الثمن المسمى . قال(واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مرابحة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراعان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مرابحة)لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك يختلف في الثوب . قال(ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة علي مااشتراه) لانه يملك كل نصف بعقد علي حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وان شاء باع كله على ثلثمائة درهم مرابحة لان العبد قام عليه فى العقدين جميعا بثلثمائة وبيع المرابحة بيع بما قام عليه . قال(ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله ان يبيعه مرابحة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مرابحة علي مابقى)للفرق الذى بينا بينهما فى حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فهلك الرهن كان له ان يبيع العبد مرابحة على ألف درهم لانه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاه مشاهدة ولانه يبيعه مرابحة على مايملك وانما يملك المسمى عند الشراء * ألا ترى انه قبل أن ينقد الثمن له ان يبيعه مرابحة . قال (ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد فنقدها زيوفا وتجوز البائع عنه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة جياد) لانه تملكه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بالجياد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة علي العشرة النقد لانه علك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلتحق باصل العقد فيكون مغيراً الوصف وهنا يترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق شئ باصل العقد. وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للأصل فاذا لم يخرج شئ من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشترى بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله ان يبيعه مرابحة على عشرة) لان بالرجوع يعود العين الي قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بيناهذا في الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله أن يبيعه مرابحة علي عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو متردد كالاقالة فا كثر مافيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فيبيعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ماعاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول فان ملك الوارث ينبني على ملك المورث فانما يبقى له ماكان لمورثه فيبيعه مرابحة على مااشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لان المالكية قد تجددت له وان كان الملك هو الذى كان لمورثه واما في الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مرابحة. قال (واذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذى قام علي البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المرابحة علي مايتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الى البائع الاول فاما الربح الذى حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تتمكن فالانسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه انه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما و بيع المرابحة بيع أمانة ينفي عنه كل تهمة وخيانة فاما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات. فكذلك الجواب عند ابي حنيفة و (قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مرابحة على مااشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما فى ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما فى ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا فى حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض فى المعاملة أمر ظاهر وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة الاعلى القدر الذى يتيقن بالالتزام فيه لاعلى وجه المسامحة . وذلك أقل الثمنين كما فى العبد والمكاتب. قال (واذا اشترى ثوبا بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مرابحة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثانى فالعوض ماكان مذكوراً فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلهذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لانه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب قال (واذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقتسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة) لان القسمة فيما تتفاوت تتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف مايصيبه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة * يوضحه انا لا نتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مرابحة على مايخصها من الثمن لم يملكا ذلك . فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون . قال (واذا اشترى عبدا به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضى فله ان يبيعه مرابحة) لانه اشتراه بالثمن الذى يبيعه مرابحة عليه وسبب العيب يثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط اورؤية فاسقط . وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مرابحة على ماأخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط

قال (واذا ولى رجل رجلا بيعا بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود اوباقرار البائع الاوسط أو بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشترى الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف فى هذه المسئلة وانما الشبهة في حرف وهوانه سمع دعوى المشترى الأخر أن الثمن الاول كان أقل مما سمى فى التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض فى هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الا وسط . ومنهم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من يقول بل دعوى الخيانة من المشترى الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط. ولو ادعى شيئاً من ذلك فأقام البينة قبلت بينته واذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وان كان المولي قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الاول بشيء ثم رجع عليه بقدر الخيانة برد ذلك القدر وربحه علي المشترى منه بمنزلة مالو حط بائعه عنه بعض الثمن. قال (واذا اشترى شيئا من شريك له شركة عنان فلا بأس أن يبيعه مرابحة) لانهما فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فان كان للاول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا علي مااشتراه به لانه يملك حصته بالعقد الاول وانما يملك على شريكه بالعقد الثانى حصته فيبيع كل حصته مرابحة علي مااشتراه به. قال (وان كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعها مرابحة فله ذلك) لان هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لاحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة اذا اشتراه من صاحبه الا علي الاصل الاول لان العقد الثانى غير معتبر فان قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف مايشترى أحد شريكى العنان من صاحبه للشركة لان ذلك شراء معتبر فانه يدخل في شركتهما مالم يكن داخلا الا ان البائع فى حصة نفسه انما يبيعه مرابحة علي أقل الثمنين وهو مااشتراه به لانه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه قال (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه فى حصته ديناراً فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لانه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر. قال (واذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز) ولكن لا ينبغى أن يقول قام على بكذا ولا أخذته بكذا فان ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمه بكذا وأنا أبيعه مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) هذا اذا كان المشترى ممن يعلم عادة التجار انهم يرقون السلع بأكثر مما يشترون به فان كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشترى حق الرد به اذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ فى الاحتياط في باب المرابحة حتى (قال) اذا اشترى شيئا بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس فى مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئا وهو لا يشترى ذلك الشيء بمثل ذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الثمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وان كان يشترى بمثل ذلك الثمن من غير غريمه فله أن يبيعه مرابحة - وسواء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمماكسة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزاً أيضا لانه ماأخبر المشترى بشئ هو كذب وانما (قال) قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق في ذلك فان صار المشترى مغبونا فيه فذلك من قبل جهله. قال (واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء ان كان المشترى قد علم بالثمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لان مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وان لم يكن عالما بالثمن فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك ان باعه له برقمه فللمشتري الخيار اذا علم بالرقم لما بينا قال واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن الثمن فان الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من احدى عشر جزءاً من درهم ولو باعه بربح ده يازدة كان الربح درهما ثم اذا باعه بوضيعة ده يازدة لم يجعل الوضيعة درهما فى الحقيقة لا فرق بينهما فانه اذا باعه بربح ده يازدة كان الثمن أحد عشر درهما فالربح جزأ من احدى عشر جزءاً من الثمن وذلك بأن تضرب العشرة فى احدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءاً من احدى عشر جزء وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل احدى عشر جزءاً درهم وذلك تسعة دراهم وجزءا من احدى عشر جزءاً من درهم. قال (واذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى آخر ثوبا بستة دراهم ثم باعاهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان الثمن الثانى في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الاول. قال (ولو ولى المشترى رجلا ثم حط البائع الاول عنه جميع الثمن فانه لا يحط عن الآخر شئ) لان حط الكل مبتدأ غيره ملتحق بأصل العقد فلا يثبت فى حق المولى والله أعلم

باب العيوب فى البيوع

(قال) رحمه الله واذا برئ البائع الى المشترى عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا) و(قال) الشافعى شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل الا أن يكون

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفى البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان فى أحد القولين البيع . فاسد وفى القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لا يدرى ان المعقود عليه على أى صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التى عليها البيع . وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ما اذا سمى العيب أو ابرأه المشترى فان ما يلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو ما يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر * والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشترى لو عرض على انسان و(قال) اشتره فانه لا عيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بائعه وبمثله لو قال اشتره فانه ليس بآبق ثم وجد به عيب الاباق لم يكن له أن يخاصم فيه بائعه وحجتنا فى ذلك ماروى ان زيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمته فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا علي جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا فى صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام فى شرط صحة البراءة من كل عيب ينبنى على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة فالشافعى لا يجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه انا فى ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بنى جذيمة فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقى في يديه مال فقال هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر فهذا دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا إسقاط حق لا يحتاج فيه الي التسليم فيصح فى المجهول كالطلاق والعتاق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة لالتزام ولكن جهالة تفضي الى تمكن المنازعة ألا ترى ان التمليكين يصح فى هذا وهذا أضيق من الاسقطات ثم الجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة التمليك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لا يمنع صحة الاسقاط أولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه الي التسليم والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول ان الايجاب في المجهول فى معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه في المجهول لان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة واذا كانت لا تفضي الي المنازعة لا تتعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز العقد معه لان هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع أو معيبا ثم البائع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسليم شرط جواز العقد لاان يكون موجبا فساد العقد ثم لا تتمكن جهالة فى المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه والى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب فى عيب واحد وانما يقصد بذكر هذا الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة . ولهذا قلنا ان المشترى بقوله لاعيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله ليس بآبق ففى تخصيصه هذا العيب بالذكر مايدل على ان مراده نفى هذا العيب عنه ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهى جهالة لا تفضى الى المنازعة فلا يؤثر فى العقد كجهالة مقدار العيب المسمى . وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسئلة بينه وبين أبى حنيفة في مجلس الدوانيق فقال له أبو حنيفة أرأيت لو ان بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمها ان يرد ذلك المشترى وما زال به حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد لهذا الشرط (قلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل فى هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله و(قال) محمد وزفر والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث فى هذا الشرط وهو رواية عن أبى يوسف لان ذلك مجهول لا يدرى أيحدث أم لا وأى مقدار يحدث ولو صرح بالتبري من

العيب الذى يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل فى هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد فى ثبوت حق الرد فكذلك يجعل كالموجود عند العقد فى دخوله فى شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام مالا يقدر على تسليمه وفى هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبى يوسف فيما اذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد فى صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه مايحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل فى التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري أنه حدث بعد العقد و قال) البائع بل كان موجوداً عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول فى ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما أسقط قوله كما فى الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا فالمشترى اذا ادعي خروج شيء بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كما لو أبرأه عن كل حق له عليه ثم اختلفا فى دين انه كان موجوداً وقت الابراء أو حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعى دخوله فى البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف مااذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هنا ماظهر إلا مقيداً بوصف فاذا أنكر المشترى فى عيب عينه انه ما دخل فى ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان. قال (واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب فى خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير براءة فوجد بها عيباً كان له أن يردها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الاقرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبق فله أن يردها لان الاباق مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليها فلا يكون ذلك اقراراً من الشاهد ولا من المشترى بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

من إباقها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آبقة فليس له أن يردها لان الاباق هنا مضاف اليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة اليها يكون اخبارا بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شراءها وهو عالم بعيبها فلا يكون له أن يردها بالعيب . قال (واذا اشترى جارية ولم يتبرء البائع من عيوبها فوطئها المشترى ثم وجد بها عيبا فليس له أن يردها بالعيب عندنا بكرا كانت أو ثيبا عند ما اشتراها) و (قال) الشافعي رحمه الله ان كانت بكرا فكذلك الجواب وان كانت ثيبا فله أن يردها بالعيب ولا يغرم للوطء شيئا و (قال) ابن أبي ليلى يردها بكرا كانت أو ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها ان كانت بكرا أو نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي انه قادر على ردها كما قبضها فله أن يردها كما قبل الوطئ وهذا لان الوطئ في الثيب لا يوجب نقصانا في عينها حقيقة ولا حكما وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطلع على عيب بها بل ولى فان الاستخدام بعيبها والوطئ يمنعها بخلاف ما اذا كانت بكرا فالوطء هناك يفوت جزء منها فان صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبيع شرطا * والدليل على الفرق ان المشترى بعد ما وطء البكر ليس له أن يبيعها مرابحة من غير بيان وفي الثيب له أن يبيعها مرابحة بعد الوطيء من غير بيان . وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشترى فان كانت بكرا ليس للمشتري أن يردها بعيب النكاح بعد ذلك وان كانت ثيبا فله ذلك . وكذلك البائع اذا وطئ المبيعة قبل القبض فان كانت ثيبا لم يسقط شيئا من الثمن ولا يتخير المشتري به في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا وبهذه الاصول يتبين ان الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطء لا يحل الا في الملك فالاجبار على الخدمة لا تحل الا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيب * وحجتنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردها بعد الوطء و (قال) عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطء لا يسلم للمشترى مجانا فمن قال يردها ولا يرد معها شيئا فقد خالف أقاويل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم انهم كانوا مجمعين على ان الوطء بمنزلة الجناية الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما ان المشترى اذا جنى عليها ثم علم بعيب يردها ويرد معها الارش ففي الوطء اجابا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله

عنهما كان يقولان لا يردها بعد الجناية فكذلك بعد الوطء وبالاجماع بيننا وبين الشافعي الجناية تمنع الرد. فكذلك الوطء وهو المعنى الفقهي في المسئلة ان الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها* والدليل على اثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين كما بيناه والدليل على ان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين فان المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد الا مؤبداً والدليل عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك وان المستوفي بالوطء مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمصون من الآدمي نفسه واجزاؤه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فاذا ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاؤه كاستيفاء جزء منه بالجناية. وذلك يمنعه من الرد بالعيب والدليل عليه ما اذا كانت بكرا تقرر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب أن يرجع فيه ولو كان مبيعا كان للبائع أن يرده على بائعه ولو لم يتعذر ردها بالعيب لاجل الوطء لكان اذا ردها وينفسخ العقد من الاصل تبين أن وطأه اياها كان في غير الملك والوطء لا يحل الا في الملك فللتحرز عن الوطء الحرام قلنا لا يردها والوطء في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وبهذا فارق حكم بيع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع مرابحة ان وطأه إياها كان في غير الملك ولان ذلك في حكم جزء من العين أيضا ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المرابحة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له أن يبيعها مرابحة وهذا بخلاف وطء الزوج إياها عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البائع وايجابه له بالنكاح فيجعل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكراً فانه بالنكاح يوجب الوطء للزوج لا صفة البكارة فيصير أصل الوقت مضافا الى البائع ولكن زوال صفة البكارة لا يصير مضافا الى البائع فكأنها ذهبت الى المشتري من غير صنع أحد أو بصنع انسان بأصبع أو خشبة. وذلك يمنع المشتري من ردها وكذلك وطء البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط شيء من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطء وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة كما بينا. وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مال متقوم فيقابله جزء من الثمن اذا صار مقصوداً بتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

متقوم ألا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شئ من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم فى ضمان البائع وفى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض فان الوطء تصرف وملك التصرف يثبت للمشترى بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالحيضة التى توجد قبل القبض من استبراء المشترى فلهذا لم يوجب العقد على البائع اذا وطئها وسنقرر لأبى حنيفة الكلام فى موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست فى حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئا فشيئا وهو يتبدل ويجوز استيفاؤها فى عين الملك واستيفاؤها يخلو عن عقوبة أو غرامة فا كثر ما فيه انه يتبين بالرد انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فلهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطء اذا ثبت انه لا يمكنه ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشترى وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصة من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك ان يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها علي فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به * ولو لم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشترى ووجد بها عيبا لم يردها عندنا وقال ابن أبى ليلى يردها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكنا نقول حق الرد للمشترى انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لو ردها كان فى ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فيترجح جانب المشترى في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشترى صار مغرورا من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعا والضرر عن المشترى يندفع اذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرف يباشره البائع ولو رده تضرر البائع بتصرف يباشره المشترى وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه واذا لم يردها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا ان يرضى البائع بان يردها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر * قال (فان باعها المشترى بعدما رأى العيب بها وقد وطئها

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أو تعيبت عنده لم يكن له ان يرجع على البائع) بنقصان عيبها لان البائع يقول أنا أقبلها فإنما تعذر الرد ببيع المشترى اياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنعه من الرجوع بحصة العيب والاصل في جنس هذا أن في كل موضع يجوز ردها برضا البائع فاذا باعها المشترى لم يكن له أن يرجع بنقصان عيبها وفي كل موضع لم يكن له ان يردها وان رضي البائع فبيعه إياها لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب لان تعذر الردهنا بمعنى حكمي دون بيع المشترى اياها وفي الاول انما تعذر الرد ببيع المشترى إياها فكأنه حبسها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده اذا رضي به البائع وإنما تعذر الرد ببيع المشترى إياه ولو قطعه وخاطه ثم رأى به العيب فباعه كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع وان رضي به البائع بصفة الخياطة التي أحدث المشترى فيه وكذلك لو اشترى ثوباً فصبغه بعصفر أوزعفران ثم وجد به عيبا فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشترى ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة وعند أبي حنيفة السواد نقصان كالقطع فانما تعذر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب * قال (ولو وطئها غير المشترى بزنا لم يردها المشترى بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا فالزنا عيب في الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب الا أن يقول البائع ردها علي وهذا بخلاف ما اذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصلة متولدة من العين حكما وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وان رضي البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فان المشترى لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها به لمكان المهر الذي وجب بالنكاح للمشترى وكذلك لو وطئت بالشبهة وأخذ المشترى العقد لم يردها بالعيب بعد ذلك وان رضي البائع به ولكن يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعذر فيدفع الضرر عن المشترى برد حصة العيب من الثمن عليه وكل عيب وجده المشترى في السلعة فعرضها بعد ماراه على بيع أوا طئها أوقبلها أولمسها بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له ان يردها ولا يرجع بنقصان عيبها لانه يعرضها على البيع لحاجته الى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الثمن المدفوع الى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطئ ودواعيه فلا يحل الا في الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا فبعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصر هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الإجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً لازماً وذلك يعجزه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقا لازما فى نفسها وذلك يعجزه عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا * قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا فى القياس رضا) لانه يستخدمها لملكه فيها فالاقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفى الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون فى الاستخدام فقد يستخدم الإنسان ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبار الا ختيارا ولو كان ثوباً فلبسه فهو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقلما يفعله الإنسان فى ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أني استحسن اذا ركب الدابة ليعلفها أو ليسقيها أو ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له مالم يركبها وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها * قال (واذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها وكتم ذلك فليس للمشترى أن يردها) لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب مايعده التجار عيبا أو يؤثر نقصاناً في المالية وصفة الثيوبة لا يعدها التجار عيبا فالجوارى عليها في أغلب أحوالهن والبكارة صفة زائدة لاتستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالنقصان الممكن فيها بسببها يزول بمضي المدة وبعد زواله لا أثر له فى مالية العين فلا يعده التجار عيباً وفى كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبدا فللمشترى ان يردها اذا علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في عكن بطنها ولا بأس بأن يبيعها مرابحة بعد ما وطئها ان لم يكن الوطء نقصها لان المعتبر فى بيع المرابحة عرف التجار وهم لا يعدون هذا من الخيانة ولان المستوفي بالوطء ليس بمال وبيع المرابحة يلاقى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان فى ماليتها لا يعتبر فى بيع المرابحة بخلاف ما اذا كانت بكراً فان الوطء فى هذه الحالة يؤثر نقصاناً في ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشترى فذلك يمنعه من أن يبيعها مرابحة * قال (واذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو ولدت له ثم وجد بها عيباً فليس له ان يردها) لبطلان ملكه فيها وخروجها من أن يكون محلاً للنقل من ملك الي ملك وفى القياس ليس له أن يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشترى فهو كما لو قبلها وهذا لانه لما اكتسب سبباً يتعذر الرد فيه كان حابساً لها حكماً فكانها في يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفى الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاد فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك الى ملك وأما العتق فهو منه للملك لان الملك فى الآدمى الى وقت العتق والشئ ينتهى بمضي مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكما يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب فى يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالموت تنتهى مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهى الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما اذا قتلها فقد روي عن أبي يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضا لان القتل موت بأجل فكأنها ماتت حتف أنفها وفى ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره فى ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيها وذلك فى معنى عوض سلم له فكأنه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الانسان في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه فى ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً حتى اذا كان معسراً لم يضمن شيأ فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة وحكماً وكذلك ان ماتت لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها أما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن فى ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة والصدقة فى هذا كالبيع لانه أوجب الملك فيها باختياره فيكون قاطعا ملكه الذى استفاده من جهة

البايع فكان كالبيع ثم هـذا فعل مضمون فى ملك الغير فإنما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها * قال (ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقي عندنا وقال ابن أبى ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب فى يده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكنا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذى قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب فى النصف الذى لم يبع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبع ولو كاتبها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بعوض يستوجبه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بعوض فهو كما لو باعها وفى رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بعوض أو بغير عوض ألا ترى انه يثبت به الولاء فى الموضعين جميعا ولو قتلها أجنبي لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فاحرقه أجنبي أو طعاما فأكله لانه قد سلم للمشترى العوض من جهته وكذلك ان كان المشترى هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه * قال (ولو لبس الثوب حتى تخرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا) لانه صنع بالمبيع ما يشترى لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليه فى ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه فى المحل فذلك بمنزلة عوض سلم اليه وكما ان الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالبيع مقصود بالشراء ثم لا يعتبر ذلك المعنى في اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الأكل وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام فى الحكم كشئ واحد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض * وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا أكل البعض فى احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام فى حكم شئ واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولي وفى الرواية الأخرى يرد ما بقى لان هذا مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان أيضا فى احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبى حنيفة لان الطعام في حكم شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الرواية الاخرى يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا باع اعتبارا للبعض بالكل * قال (واذا طحن الحنطة أو لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تعذر الرد لمكان الزيادة التى هى غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه وخاطه أو صبغه فله أن يرجع بنقصان العيب * قال (واذا اشترى خفين أو نعلين أو مصراعي باب فوجد فى احداهما عيبا فله ان يردهما جميعا) لانهما فى الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشئ واحد فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود باحداهما دون الأخرى والمعتبر هو المعنى وفى الشئ الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد المعيب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب فى كل واحد منهما فان كان قد باع الذى ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقى ولا يرجع بشئ كما في الشئ الواحد حقيقة اذا باع بعضه أما اذا اشترى ثوبين أو عبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد الي الردىء عادة معروفة ولو رد المعيب تضرر البائع بذلك فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما فى الفصل الأول ألا ترى انه فى الرد بخيار الشرط والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك فى الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد القبض ولكنا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد العيب وذلك وجد فى احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير فى الآخر فكذلك اذا وجد العيب في احدهما بخلاف

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

النعلين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال أحدهما بالآخر انتفاعاً وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البائع هنا من الوجه الذي ذكره زفر فكذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشترى وليس من ضرورة ثبوت الخيار له فى احدهما ثبوته فى الآخر كما لو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه فى احدهما بعينه * قال (واذا اشترى عبدا ثم باعه فرد عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه بالعيب) لان هذا بمنزلة الإقالة فانه حصل بتراضيهما والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدإ فلم يعد اليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول في حقه فلهذا لايخاصمه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض ببينة قامت عليه أو بإباء اليمين أو باقرار عند القاضى انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له ان يرده على الأول ان كان له على العيب بينة والا استحلفه) لان الرد عليه بقضاء القاضي فسخ فان للقاضى ولاية الفسخ بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع فهو على خصومته فى العيب معه بمنزلة مالو وهبه ثم رجع فى الهبة إلا أن في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد قررنا هذا الفرق فى كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبدا وله امرأة فله أن يردهما بالعيب) لان النكاح مما يعده التجار عيبا في الغلام والجارية جميعا ولان المقصود بملك الجارية الاستفراش وهذا المقصود يختل اذا ظهر أنها منكوحة الغير وفي العبد بسبب النكاح يلزمه نفقة امرأته وذلك ينقص من ماليته فلهذا كان النكاح عيباً فيهما جميعا واذا اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردها بالعيب ولكنه يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي يردها بالعيب بجميع الثمن والأصل أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبغ فى الثوب والسمن والعسل في السويق وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشترى فى مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هى متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء البياض من العين وثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها فى عقود المعاوضات ألا ترى انها اذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هـذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعنـد محمد لا تمنع على قياس مسئلة التحالف وقد تقـدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهى نوعان عين متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشترى به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليـه وسـلم انه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسـلامة المنفعة للمشترى لا تمنع رد الأصـل بالعيب بجميع الثمن فكذلك سـلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التى هى متولدة من الأصل كاللبن والثمار والولد والعقد اذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش اذا جنى عليها بعـد ما قبضها المشترى فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا وعنـد الشافعى لا يمنع ولكن يرد الأصـل بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هـذه زيادة تملك بسبب ملك الأصل فلا يمنع رد الأصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شيء من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الأصل ألا ترى ان هـذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك اذا كانت قائمة فى يد المشترى أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هـذه الزيادة ليست بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هـذه الزيادة مبيعة لقابلها شيء من الثمن كما قلتم فى الزيادة الحادثة قبـل القبض اذا قبضها المشترى مع الأصل والدليل عليـه أنه لا يرد هـذه الزيادة بعيب اذا وجدبها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك فى الأصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة اذا زادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له *(وحجتنا)* فى ذلك ان تملك المشترى فى هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الأصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعاً بلا ثمن وذلك ربا وبيان هذا انه لا سبيل لملك الزيادة سوى التولد من الأصل وانما يسرى اليها الملك الثابت فى الأصل وملكه في الأصـل ملك مبيع لان هذا الملك يثبت له بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منفى حتى يقوم الدليل والدليل عليـه ان باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة واذا ثبت ان ملكه فى الأصـل ملك مبيع فذلك الملك يسرى الى الزيادة لان المتولد من عين الشيء يكون بصفته ألا ترى ان ولد المكاتبة وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك فى الاصـل وبه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فارق الكسب والعلة لانه ملكه بسبب مبتدإ وما سرى اليه ملك الأصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فاذا ثبت أن هذه الزيادة فى حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شئ من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الاصل دون البيع كاطراف المبيع لايقابلها شئ من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشترى مع الأصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له أن يردها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شئ من الثمن كان ردها مقصودا ولكن يردها مع الاصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له أن يردها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشترى بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أولم يرض ولا يقال قبل رد الاصل الزيادة تسلم للمشترى مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الأصل لان قبل رد الأصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الأصل يعنى عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فاذا تعذر رد الأصل بالعيب فقد انفسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للأصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الأصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقي للمشترى مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشترى كسلامة الأصل وان كان المشترى هو الذى استهلكها فلانه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم اليه منها فمنفعة ذلك من ردها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع فى الأصل هناك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والأصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت فى المعاوضات دون التبرعات * قال (واذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يرده) والاصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العداء بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم ففي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء بما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله المرض في الجوف والكبد قال المرض مايكون في سائر البدن والداء مايكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبي يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع في معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شيء انما يرجع الي أهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به أو ما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللا في المقصود وذلك عيب يرد به واذا وجد العبد مخنثا فهذا مما يعده التجار عيبا فيمكن نقصانا في ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال في الأعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فان ذلك يخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذلا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه آناء الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان وجده كافرا كان له أن يرده اذلا عيب تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج الى استخدامه في الأمور الدينية نحو اتخاذ الماء لطهوره وحمل المصحف اليه والكافر نجس لا يؤدى الأمانة في الأمور الدينية ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلماً لم يكن له ان يرده عندنا وقال الشافعي له أن يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الأمور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرى من العيب فكأنه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده أزيد مما شرط فلا حاجة الى دفع الضرر عن نفسه باثبات حق الرد له *قال (وان وجد الغلام زانيا لم يكن له أن يرده بالعيب عندنا وقال الشافعي له ان يرده) لان عيب الزنا كعيب السرقة أوفوقه ألا ترى ان في الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك في الغلام ولكنا نقول اشتراه على انه خل فوجده أخل ثم الذى به ليس الا تمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم في حقه فان فعل الزنا لا يتهيأ للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الاستخدام فى أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى وأما فى الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل فى الغلام اذا صار ذلك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل فى مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب فى متابعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذى قلنا وكذلك ان وجد العبد ولد زنالم يكن له أن يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان أكثر المماليك بهذه الصفة لا تعرف انسابهم فاما الجارية اذا كانت ولد زنا فله أن يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاد فان ولده يعير بامه اذا كانت ولد زنا وعلى هذا الغلام اذا لم يكن مختونا أو الجارية اذا لم تكن مخفوضة ففى الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبالانالا نعلم انهم لايفعلون ذلك وفى المولد لايكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولد فى دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد *قال(والثؤلول عيب اذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب) لانه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه والخال كذلك فقد يكون الخال رتبة لاتنقص من المالية وهوما اذا كان على الخد وقديشينه اذا كان على رأس الارنبة وذلك ينقص من المالية فلهذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن *قال(والصهوبة في الشعر عيب) لان التجار يعدونه عيبا وكذلك الشمط فان الشمط فى أوانه من الهرم والهرم عيب وفى غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوى للشعر السواد فماسوى ذلك اذا كان ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب فى الجارية وليس بعيب فى الغلام إلا أن يكون من داء وهو نتن الفم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب *(قال) والذفر كذلك وهو نتن الإبط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام الا أن يكون فاحشا لا يكون فى الناس مثله فهذا يكون لداء فى البدن وهو ينقص الثمن قال والبجر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمى بعض الناس ابجر وهو يكون لداء فى البدن ويعده التجار عيبا والادرة عيب وهى عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفى بعض النسخ الآذن عيب وهو الذى يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل

وترى الذنين على مناخرهم * يوم الهياج كمازن النمل

وذلك يستقذر منه ولا يكون الا لداء في الدماغ والبسر عيب وهو الذي يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا أن يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل بايدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس بعيب *قال (والعشي عيب) وهو ضعف فى البصر حتى لا يبصر من شدة الظلمة أو شدة الضوء ومنه يسمى الاعشي *والعسم عيب وهو يبوسة وتشنج فى الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد فى السن دليل موت السن عند من يقول فى السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضرسا كان أو غيره لانه ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفى الأصل كالنواجذ ينقص من الجمال ولهذا وجب الأرش اذا قلع من الغير وأفسد المنبت* قال (والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن)لانه ينقص من الجمال والسواد فى الظفر دليل موته كما فى السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالحبشي وانما ينقص فيمن هو أبيض اللون كالاتراك واذا كان بحيث لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد به*والاباق مرة واحدة عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا أن يأبق بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز أما فى الصغير جدا فهذا لا يكون عيبا لانه يضل ولا يأبق والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله ولكنه لا يهتدى الى بيت مولاه فيضل كالدابة فاما اذا كان مميزا فالاباق والقصد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه مالم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان أبق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقة كذلك * قال (والبول فى الفراش كذلك فى حق الصغير جدا لا يكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة*وأما الجنون اذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد فى حالة الصغر أو بعد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو آفة فى العقل فاذا وجد مرة فأثره يبقي فيه ما عاش وذلك يظهر فى حماليق عينيه بمعرفة أهل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقة والبول فى الفرش في حالة الصغر فخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

سببها قبل البلوغ قلة التأمل في عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخاء في المثانة بسبب الصغر وسببه بعد البلوغ آفة في الآلة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب ما دام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضاً فاذا وجد بعد البلوغ فهو عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المالية والاباق سوى المالية فيه حكما فكان من أخش العيوب *(قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المالية ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المالية *قال (والقرن عيب) وهو عظم في المأتى يمنع الوصول اليها وبه قضى شريح رحمه الله قال اقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب*والرتق عيب وهو لحم في المأتى يمنع وصول الواطئ اليها*والعفل عيب وهو ان يكون في المأتى شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطئها وهذا كله يخل بالمقصود *قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعده التجار عيبا فينقص من المالية * قال (والجذام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد نتنه من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أخش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد*قال (والفتق عيب) وهو ريح في المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن*قال (والسلعة عيب) وهو القروح التي تكون في العتق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود في البيع الاسترباح فما ينقص من الثمن يكون خللا في المقصود * قال (والكي عيب) لانه انما يفعل ذلك لداء في البدن الا أن يكون سمة في بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعده التجار عيبا لا يرد به قال (والفدع عيب) وهو في الكف زيغ في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك زيغ بينه وبين عظم الساق وفي الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشي وهو الجانب الايمن *قال (والفحج عيب) وهو في الفرس تباعد ما بين الكعبين والافحج من الآدمي الذي تتدانى صدور قدميه وتتباعد عقباه وتنفحج ساقاه*والدحس عيب وهو ورم يكون في اطراف حافر الفرس*قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبتاه قال أبو عمرو وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكعبين*قال (والحنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشي وقال ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه* قال

والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق* قال (والشدق عيب) وهو وسع مفرط في الفم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشدق في الكلام وهو مما يعده التجار عيبا ثم العيوب التي يطعن المشترى بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهرا في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك مالم يره العيب لان قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فاذا رآه القاضي فان كان عيبا لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضي بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشترى علم به عند العقد ورضى به فحينئذ يحلف المشترى على ذلك ثم يرده وان كان شيئا مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع ان العيب لم يكن عنده لان الحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ومن ادعى تاريخا سابقا فعليه ان يثبته بالبينة فان أقام المشترى البينة على ان العيب كان عند البائع قضي بالرد وان لم يكن له بينة يحلف البائع ألبتة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وانما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا أنهم قالوا النظر للمشترى ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد وقبل التسليم كان للمشترى حق الرد والبائع بار في يمينه بان العيب لم يكن موجودا عند العقد فالأحوط ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الامام عندي الأول أصح لان البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وانما يستحلف على الثبات لان استحلافه على فعل نفسه وهو التسليم كما والتزمه بالعقد فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف انقطعت المنازعة بينهما* ونوع من ذلك عيب لا يعرفه الا الاطباء فعلى القاضي ان يريه مسلمين عدلين من الأطباء لان علم ذلك عندهم وانما يرجع الى معرفة كل شيء الى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لانه قول ملزم كالشهادة فاذا قالا العيب موجود فيه وقالا هو مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما وان قالا قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الأول الا ان يقيم المشترى البينة على اقرار البائع أن العيب كان عنده* ونوع منه لا يعرفه الا النساء بان يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالقاضي

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يريها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسئلة معروفة فى الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب فى الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك مما لا يحدث فى مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها الا من جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها مالم تتأيد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البائع الى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبي يوسف انه يقضى بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين اذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين فى كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان من المشترى الى البائع وشهادة النساء فى ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكمى كالاباق والسرقة والبول فى الفراش فان القاضى لا يسمع خصومة المشترى فى ذلك مالم تقم البينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب فى الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبينة فان طلب المشترى يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر فى الجامع أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى أو سرق أو بال فى الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشترى فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة فى ذلك لان العيب الذى كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشترى قال (وان كانت الخصومة فى الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشترى ويحتاج الى اقامة البينة على الذى كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل شرائه فان لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشترى وما أبق ولا سرق ولا بال فى الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على الثبات لانه على التسليم الذى التزمه واليمين الأولى على العلم لانها على فعل الغير وفى ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان فى الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جن قط لما بينا ان الجنون اذا وجد مرة فى

الصغر أو الكبر فهو عيب لازم أبدا وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا فى الجنون لا يشترط عوده عند المشترى لتوجه الخصومة لان أثر ذلك الذى كان قائم فيه على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثرا يظهر ذلك فى حماليق عينيه وذلك يكفى لتوجه الخصومة بخلاف الاباق والسرقة والبول فى الفراش فانه ليس لما قدكان أثر فى العين فلا بد من عوده عند المشترى لتوجه الخصومة * قال (وان طلب البائع يمين المشتري بالله ما رضى بالعيب منذعلم به ولا عرضه على بيع حلفه على ذلك) لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله *(قال والعزل عيب) وهوأن يعزل ذنبه فى أحد الجانبين وذلك يكون عادة لاخلقة وانما يفعل ذلك اذا راث وربما يحول الذنب من جانب الى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك ليتقذر ويعد عيبا يرد به *قال (والمشش عيب) وهو شئ يشخص فى وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلابة العظم قال الوظيف مستدق الساق قال (والجرد عيب) وهو كل ما حدث فى عرقوبه من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد عيب) وهو اطراف عصب يتفرق عند العجاية وينقطع عندها ويلصق بها * والحزن عيب فمنهم من يقول الخزر وهو ضيق مفرط فى العين والأظهر هو الحرن فانه ذكر فى جملة عيوب الفرس وهو أن لا انقياد للراكب عند العطف والسير وهو نوع من الجمح والجمح عيب يخل بالمقصود وخلع الرأس عيب * وهو ان يكون به حيلة يخلع رأسه من العذار وان شد عليه وهو مما يعد عيبا وربما بطل سببه وبل المخلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة به اذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل ان يأخذ المخلاة بشفتيه فيرمى بها وهذا نوع من الجمح فهو عيب اذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والهقعة دائرة فى عرض زوره يعد عيبا ويتشاءم به ومنه يقال اتق الخيل المهقوع * والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب والعصب الذى ينشر هى العجاية وتحرك السطا كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك السطا * والغرب عيب وهو ورم فى المآق وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد اذا كان ذلك سائلا فصاحبه فى حكم الطهارة كصاحب الجرح السائل * والشتر عيب وهو انقلاب فى الاجفان وبه كان يسمى الاشتر وهذا يمكن ضعفا فى البصر * والحول عيب فانه يمكن ضعفا فى البصر حتى يرى الأحول الشئ الواحد شيئين والحوص والقتل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه اذا كان على إنسان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العين الى الجانب المقدم يسمى فتلا واذا كان الى الجانب المؤخر فهو الحوص *والظفر عيب وهو بياض يبدو فى إنسان العين يسمى بالفارسية باخسه وذلك يمكن ضعفا فى البصر وربما يمنع البصر أصلاً *والشعر فى جوف العين يكون عيبا لانه يضعف البصر *والجرب عيب سواء كان فى العين أو فى غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفى غير العين يكون لداء فى البدن * وكذلك الماء فى العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر المعتاد منه فلا يعد عيبا فاذا كان قديما فذلك من داء فى البدن والداء نفسه عيب * والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم اذا كان مستداما فربما يصيبها ويقتلها * والتى يرتفع حيضها زمانا عيب لان ذلك لا يكون الا من داء فى البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن واذا لم تسل اصفر لونها ولأنها اذا كانت لا تحيض فانها لا تحبل أيضاً فعرفنا انه يخل بما هو المقصود منها *واذا اشترى عبدا عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله ان يرده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيبا وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكمى كعيب النكاح الا أن يقضى عنه البائع دينه أو يبرئه الغرماء منه فبذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشترى فى الرد اما اذا علم بالدين ثم اشتراه هل له أن يرده عند محمد لا استدلالا بسائر العيوب وعند أبى يوسف له أن يرده كما اذا كان مستحقا وهو عالم به له أن يرده كذلك هنا * واذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بعيب لان له أن يحللها عندنا وقال زفر ليس له أن يحللها ولكنه يردها بالعيب لانها دخلت فى ملكه وهى بهذه الصفة فلا يكون له أن يحللها كما لو اشتراها وهى منكوحة لا يكون له أن يفسخ النكاح ولكنه يردها بالعيب ولكنا نقول المشترى قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فاذا كانت أحرمت بغير اذنه حللها من غير كراهة واذا كانت أحرمت باذنه فله أن يحللها وان كان ذلك مكروها لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشترى ولا يكره ذلك للمشترى لان خلف الوعد لا يوجد منه بهذا وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشترى وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدما على حق المشترى فاما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الآدمى فى المحل مقدم فلهذا كان للمشترى ان يحللها واذا تمكن من ازالة العيب فليس له أن يردها به * وان كانت فى عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله أن يردها كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * واذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردها فقال البائع ما هذه بجاريتى فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشترى به من غير قضاء ولا رضا فالمشترى يدعى ثبوت حق الرد له فى هذا المحل والبائع ينكر والقول قوله مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشتراها على انها بكر فقال وجدتها ثيبا لا يصدق على ذلك الا ببينة لان البكارة في النساء أصل فالمشترى يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا ببينة * قال واذا اشترى جوزا أو بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله أن يرده ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير منتفع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره فى المواضع التى يكثر فيها الحطب وفى المواضع التى يندر فيه الحطب فان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان حادثا أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلا فأما اذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي يرده وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعد ما يكسرها فان كانت لا تساوي شيئاً رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعى له ان يرده لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعا حقه فى الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب بحسب الامكان والبائع هو الذى سلطه على الكسر فكأنه فعل ذلك بنفسه ولكنا نقول الكسر عيب حادث بفعل المشترى

وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشترى وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشترى لا يبطل أصلا ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذى يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بعوض فلهذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام فى حصة ذلك كالكل اذا وجده فاسدا الا ان فى الجوز اذا كان الفاسد منه مقدارا مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنتين فى كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لأجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز فى العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك *قال واذا اشترى عبدا قدحل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشترى رجع على البائع بالثمن كله فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه *ومن اشترى شيئا معيبا وتعذر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانيا فجلد عند المشترى ومات وبيان الوصف أن بيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشترى بدليل أنه لو مات كان الثمن متقررا على المشترى ولو تصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولو كان عالما حين اشتراه أنه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا أن حل الدم عيب فيه (يوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية وحل الدم لا يعدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشأه المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع فى ضمان المشترى بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقض به قبض المشترى من الأصل وفى الكتاب استدل بما لو اشترى حاملا وقبضها فولدت وماتت فى نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل السبب فى يد البائع وعندكم أن الغالب فى الولادة السلامة يشكل على أصل أبى حنيفة بالجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت فى نفاسها يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها وفى هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشترى عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة فى يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لما كانت مستحقة قبل قبض المشترى ينتقض بها قبض المشتري من الأصل فكأنه لم يقبضه وانما قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق في حق من عليه الا ان ينشئ من هو له عفوا باختياره والبيع وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان في معنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه المستحق كأنه المالية ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لان مالا ينفصل عن الشئ بحال فكأنه هو ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق النفسية في حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا وراء ذلك واذا مات في يد المشترى فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشترى واذا قبل فقدتم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها واذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وانما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافى المالية في المحل واذا اشتراه وهو يعلم حل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضاً اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الأخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة المبيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزاني اذا جلد وليس هذا كالغصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشترى فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الأصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المشترى رجع بحصة العيب من الثمن عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقوم سارقا وغير سارق وعند أبى حنيفة يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيكون المشترى بالخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد مابقى ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا فى نصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة فى يد البائع ألا ترى ان على الامام أن يتحرز عن السراية بان لا يقطع فى البرد الشديد ولا فى الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع فقبض المشترى لا ينتقض فى النصف الباقى وان سرى * قال وان اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له أن يردهما لان النكاح فيهما عيب حادث عنده فان أبانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لايستوجب على عبده دينا* قال واذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والآخر بعيب معاين وليس على واحد من الأمرين شهادة شاهدين *ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها ويأخذ منه قيمة نفسه فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف رحمها الله وكان يقول أولا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففى قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفى قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما فى النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان بعينه رجع بقيمته وبيان الوصف أن الذى من جهة المولى فى هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت دينا فى الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء له وان الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد انه لا يملك الرجوع عنه *والأجل الى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أنه فى حكم مبادلة مال بما ليس بمـال وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لوردها بالعيب لا ينفسخ العقد فكيف ينفسخ وقد عتق العبـد فاذا لم ينفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبـه على جارية بغـير عينها فاداها وعتق ثم وجد المولى بها عيبا ردها وأخذ مثلها صحيحة فان حـدث بها عيب عنـد المولى رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك فى بيع العبد من نفسـه بجارية *ووجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعـه من فرسـه بجارية فعتق على القريب ثم استحقت الجارية رجع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له فى العبد الا ملك المالية الا أن ازالة ملك المالية اذا لم تكن الى مالك يكون موجبا عتق العبـد فاما تصرف المولى من حيث الازالة فتلاقى ملكه وملكه ملك المالية * وتحقيق هذا الكلام ان فى حق ما يسلم للعبد فى هذا فى معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذى سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب مراعاة جانب المولي أولى لان الحاجـة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولي ملكه فيعتبر ما هو الأصل وباعتباره هـذا مبادلة مال بمـال ألا ترى أنه اذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبـد قيمة نفسـه وما كان ذلك الا بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا استحق البـدل أو هلك قبـل التسليم وقوله ان السبب لم ينفسخ على احـدى الطريقتين يقول فى حق المولى قد انفسخ السبب ولان فى حقه مبادلة المال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبـد لنفوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدبر اذا مات المولى وعليـه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته ولكن يتعـذر رده الى الرق فيجب عليـه السـعاية فى قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا ينفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالية العبـد فانما يرجع بقيمة العبـد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بماليته فلهذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيـل الجواب قول محمـد فان من عادته الاستشهاد بالمختلف لايضاح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبـة المكاتب بل بمقابلة ما يسـلم للمكاتب

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فلهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم فى النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فاذا لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته واذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خوصم في عيب فقبلها بغير قضاء قاض فانها تلزم البائع دون الآمر لان هذا بمنزلة الإقالة في انه يعتمد تراضيهما فالاقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال الا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الآمر لانا تيقنا بوجود العيب عند الآمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الآمر على كل حال وهو الأصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الاقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذى يحدث مثله أو لا يحدث وان أبى البائع أن يقبلها فخاصمه المشترى الى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضى وعند غيره سواء لا يلزم الامر الا فى عيب لا يحدث مثله * ومعنى هذا الكلام أن فى العيب الذى لا يحدث مثله رد القاضى باقرار الوكيل وبالبينة سواء فى انه يلزم الآمر لان الرد بقضاء القاضى فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الآمر وان كان العيب يحدث مثله فاقرار الوكيل لا يكون حجة على الآمر ولكن يحتاج الى أن يثبت على الآمر بالبينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بينة فعلى الآمر اليمين على ذلك وان ردها القاضى على الوكيل ببينة أقامها المشتري فالبينة حجة على الآمر فيلزم الآمر فان ردها بإباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الآمر عندنا * وقال زفر هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الآمر ولكن الوكيل على خصومته مع الآمر كما فى الاقرار . ألا ترى أن المشترى لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لو ردت عليه باقراره سواء فى حق البائع الاول فكذلك فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول لأنه لا يمكن ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك فى عمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر في النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره فان أنكر الآمر أن تكون الجارية التى باعها فالقول

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الآمر بما يلحق من العهدة فى هذا المحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة أنها هى الجارية التى باعها فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بامره ثم وجد بها عيبا فله أن يردها بالعيب قبل أن يدفعها الى الآمر من غير أمر الآمر عندنا * وقال ابن أبى ليلى ليس له ذلك لانها مملوكة للآمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة فى يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الآمر لم يردها بالعيب الا بأمره * وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والعاقد فى حقوق العقد مستبد به وان كان قد عقده لغيره ولانه فى الحقوق كالعاقد لنفسه ألا ترى أن فى الرد بخيار الشرط والرؤية لا تحتاج الى استطلاع رأى الآمر فكذلك فى الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الآمر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الآمر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والعبد المأذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع ان الآمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الآمر أو يمين المأمور ما رضي بذلك الآمر لم يكن على واحد منهما فى ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبى ليلي لا يردها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الآمر أو رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضا الآمر ورب المال يسقط حق الوكيل فى الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردها فاذا ادعى البائع سببا مسقطا لحقه فى الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضى به * وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل فى هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولا نيابة فى اليمين ولا يمين على الآمر لأن الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والآمر معاملة فلا يكون هو خصما له فى دعوى الرضا بخلاف ما اذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائبا عن الآمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو نائب صحيح واذا أقر الوكيل فرضا الآمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع فى هذا العيب فباعتبار زعمه تنقطع الخصومة * ولو أقر الوكيل على نفسه انه رضى بهذا العيب فذلك منه صحيح فى حق

نفسه دون الآمر كما لو أقر أن الآمر رضى بالعيب فالجارية تلزمه الا أن يقر الآمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضى به الوكيل * قال واذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أن له ذلك * قال واذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فانه يرجع بحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فان كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الجارية لان بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها اذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن ان كان بعينه فان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما فى العروض * ولو أقر المشترى به لانسان ولم يقم عليه بينة لم يرجع على البائع بشئ لان اقراره حجة فى حقه دون البائع فهو فى حق البائع متلف للسلعة باقراره وان استحق ببينة فقال البائع ليس هو عبدى الذى بعتك فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر البيع فى هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشترى اثبات العقد بالبينة فكذلك اذا أنكر العقد فى هذا المحل * قال واذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة فان قال بكر حنطة جيدة أو وسط ففى القياس لا يجوز هذا أيضا لانه في جانب الكر بائع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه اياه ولان المكيل أو الموزون اذا لم يكن بعينه فهو يثبت فى الذمة ثمنا فكان شراء بثمن ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينا فان وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الكر ردها وأخذ كرا مثل كره * وكذلك لو كان ذلك الكر عند البائع بعينه كان له أن يرد كرا مثله لان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ألا ترى أن البيع يستدعى محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم فى حقه * وفى تصحيح البيع اظهار سلطان مالكيته ولم يكن فى عينه من معنى الاستذلال شئ حتى يؤمر به شرعا فكذلك فى تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية ولا يكون فى عينه من معنى الاذلال شئ وبهذا يتبين أن النهى ليس لمعنى فى عين الشراء بل لمعنى فى قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهى عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد الى شراء أبيه مع أنه ممنوع من اذلاله لانه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه اذلالا لكان القريب ممنوعا عنه فى قريبه لان كل طاعة لا تصل اليها الا بمعصية لا يجوز الأقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لاتتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقى مملوكا بعد شرائه وانما تتحول الاضافة من المسلم الى الكافر وهى اضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تتجدد الاضافة فى حق الوارث ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه اذلالا بخلاف الاسترقاق فبه تتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد ان كان مالكا والمملوكية اذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية فى غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية فى المحل وكان ينبغى أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة الحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى فى حق الكافر اذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لانه ليس فى ابقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا فى معنى الاذلال بمنزلة البقاء فى ملك النكاح . يوضحه ان المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاعة والمسلمة ليست بمتحللة فى حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقي لان فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذى يتم به العقد ليس فيه معنى الاذلال لان ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا نظير المحرم يشتري صيدا لان الصيد فى حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فلم يكن مالا متقوما كالخمر فى حق المسلم * ولهذا لا يجوز بيعه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

انه اشترى على ما ليس فى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل فى ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذى زال عنه بعينه وبقى له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر فالربح هناك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشترى هناك ربح الا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البائع الاول من المشترى الثانى لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الاعيان وقد قررنا هذا * وكذلك لو دخل فى المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التى خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح مالم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء والذى احتبس عند المشترى سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر فى العقود لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول * وكذلك لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك جائز لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر فى التقويم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير تقويم * ولو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز فى القياس وهو قول زفر لان الدراهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجرى الربا بينهما وفى الاستحسان هذا لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو الثمنية ولهذا جعلا فى أغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار انهما جنسان صورة يصح هذا العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لاجل الربا وباب الربا مبنى على الاحتياط * وكذلك لو اشتراه مملوك البائع الاول عبده أو مكاتبه بأقل من الثمن الاول لان تصرف المملوك لمالكه من وجه فكسب العبد لمولاه وللمولى فى كسب مكاتبه حق الملك فهو كشراء البائع بنفسه لمكان حقه فى المقصود بالعقدين وان اشتراه ولده أو والده أو زوجته فكذلك فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد فى مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس مالو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع الى ملك اليمين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذى سبق أن الوكيل بالبيع عند أبى حنيفة لايبيع ممن لا تجوز شهادته له كما لا يبيع من نفسه ومملوكه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القرابات *قال وان اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء خمر له أو بيعها عند أبى حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل عنده كالعاقد لنفسه ثم الملك ينتقل الى الموكل حكما فهو كمالو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البائع منه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل عقد الوكيل له كعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقدا لنفسه فهنا أيضا يصير الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير بقبض الوكيل مضمونا بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر لنفسه لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فمن أهل مباشرة هذا العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك اذا وكل غيره فيه لان التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعد صحة الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده اذ لا معارضة بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جعلناه مشتريا للآمر كان الشراء فاسدا فينبغى أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على مذهب أبى حنيفة فانه قال ان البائع أوابنه لايشتريه لنفسه وماتحصل للبائع من الملك بشراء

الوكيل فوق ماتحصل بشراءابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسئلة الخمر فى الوكالة فكذلك ينبغى أن يجعل فى شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خمرا جاز شراؤه * وكذلك لو كان له أب كافر فاشترى خمرا يجوز شراؤه فمن هذا الوجه يشكل مذهب أبي حنيفة * قال الشيخ الامام الاصح عنـدي فى ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المعقود عليه بدليل ان أحد العقدين لو كان هبة كان كل واحـد من العقدين صحيحا وكل من له الحق فى العقدين جميعا لا يجوز منـه الشراء كالبائع وليس للوكيل حق فى العقد الاول فلهذا صح منـه العقد الثانى وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلهما حق فى العقدين فنزلا منزلة البائع فى ذلك بخلاف مسئلة الخمر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقوم فى الخمر وانما يعتبر ذلك فى حق العاقد خاصـة فاذا كان العاقد كافرا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسـلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم * قال ولو كان البائع والمشترى وكيلين فى البيع الاول لم يجز للبائع أن يشترى باقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشترى ولا من موكله لان هـذا المنع باعتبار العقد والعاقد لغيره فى حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ليس لموكل البائع ان يشتريه من المشترى ولا من موكله لان وكيله انمـا باع له فهو بمنزلة بيعه بنفسه فى المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخـذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل النقد وهـذا لان الربح لا على ضمانه الذى يحصل له * قال واذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم بنسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجز لان هـذا فى معنى شراء ما باع باقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا فى مالية الثمن ألا ترى أن أصل الأجل يمكن نقصانا فى المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النسأ شرعا فكذلك بزيادة الأجل يزداد النقصان فى الماليـة فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثانى بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل فينعدم النقصان به معنى والممتنع شراء ما باع بأقل مما باع فاذا لم يعـلم أن الثمن الثانى أقل من الثمن الأول كان الشراء جائزا * قال واذا باع الرجـل طعاما بدراهم فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبـل أن يقبضه من المشترى ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيـد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل اذا لم يكن طعامه بعينـه لان

الثمن دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز الابراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا كبدل العروض والأصل في جواز الاستبدال بالثمن حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الابل بالنقيع وربما ابيعه بالدراهم وآخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افترقتما وليس بينكما عمل * قال واذا كان لرجل على رجل دين الى أجل وهو من ثمن مبيع فحط عنه شيئا على ان يعجل له ما بقي فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله الى أجله وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولسنا نأخذ بقوله لان هذا مقابلة الأجل بالدراهم ومقابلة الأجل بالدراهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال لو زاده في المال ليؤجله لم يجز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقي والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بني النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتعجلوا من غير شرط أو كان ذلك قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على خمسمائة على أن يعجلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيده فانما فيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان نعتبر حقيقة الربا بينهما حتى لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب فكذلك في حط بعض البدل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالدراهم وكذا لو زاده في بدل الكتابة ليزيده في الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين * قال واذا باع عبدا بنسيئة فباعه المشترى من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل بأقل من الثمن الأول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كعين آخر يشتريه بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من وارث المشترى بأقل من الثمن الأول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرده بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه ويجوز إقالة الوارث مع البائع * أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرده بالعيب ولا يقبل المقدمع بائع الموصي ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي فلهذا جاز شراؤه منه بأقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه له وارث البائع من المشترى بعد

موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشترى وأبو يوسف يسوى بين الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه بعده كوارث المشترى ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث * وقد كان الملك في المبيع للمشترى فيخلفه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلفه وارثه فى ذلك ولكن هذا ملك يحصل لوارث البائع باكتسابه وهو ليس بخلف عن البائع فى ذلك فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشرائه فى حياة البائع * قال وان اشتراه البائع من المشترى مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل من الثمن الذى باعه لم يجز الشراء فيه كما لو اشتراه وحده بأقل من الثمن الاول ويجوز فى العبد الآخر بحصته لانه لا مفسد للعقد فى حصة العبد الآخر * وقد بينا عذر أبى حنيفة فى الخلافيات أن هذا فساد ضعيف خفى ولهذا خفى على زيد بن أرقم رضى الله عنه فلا يعدو حكمه محله بخلاف ما اذا كان الفساد ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغى ان يجعل بمقابلة ماباع مثل الثمن الاول احتيالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وان جعل بمقابلة أكثر من الاول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول العقد فى ذلك شرطا لقبول العقد فى الآخر وهو شرط فاسد فينبغى أن يفسد به العقد في الثانى كما هو مذهب أبى حنيفة في نظائر هذا لان قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد . ألا ترى أن ثمنه لو كان مثل الثمن الاول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد في العبد الثانى * وان اشتراه البائع مع رجل آخر جاز بشراء الاجنبي فى نصفه كما يجوز شراؤه فى الكل اذا اشتراه لنفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح * وان كانت جارية فولدت عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الاول جاز ان كانت الولادة نقصتها كما لو دخلها عيب آخر عند المشترى بسبب آخر ولا يجوز ان لم ينقصها لان مادخل في ملك المشترى على هيئته كما كان فاذا اشتراها البائع بأقل من الثمن الاول يحصل له ربح لا على ضمانه * قال واذ اشترى الرجل جارية فولدت عنده لاقل من ستة أشهر من يوم شراها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري في ذلك لم تصح دعواه في القياس وهو قول زفر وصحت دعوته فى الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسعى في نقص ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو زعم انه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشترى الولد ثم ادعى نسبه وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له فاذا زعم بعد ذلك ان الولد ولده وانها أم ولده كان مناقضا في ذلك والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوي البائع فكذلك ينبغى ان يجعل في دعوي أبيه . وجه الاستحسان أنا تيقنا أن العلوق حصل في ملكه لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعته لأقل من ستة أشهر عرفنا أن العلوق كان حاصلا قبل البيع وحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استحقاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع واذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لان الشيء لا ينقضه ما هو دونه وانما ينقضه ما هو مثله أو فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل الرفع وذلك لا يحتمل فلا ينتقض به بخلاف ما اذا وضعته لستة أشهر فصاعدا فانا لا نتيقن هناك بحصول العلوق في ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له والملك للمشترى متيقن به والمتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما اذا أعتق المشترى الولد لان ولاءه يثبت للمشترى بالعتق والولاء لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب فتنتقض به ما كان من حق استحقاق النسب لان هذا مثله او فوقه بخلاف ما اذا مات الولد لان حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته الى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف ما لو ادعاه ابو البائع لانه بمجرد حصول العلوق في ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب الا بشرط وهو ولاية نقلها الى نفسه ألا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد حال حياة الاب ويثبت له بعد موت الاب لان ولايته بعد موت الاب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لانها صارت مملوكة للمشترى فليس للأب ولاية نقلها الى نفسه بالدعوى فلهذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استلحاق النسب ألا ترى أن الملاعن اذا أكذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض في ذلك وهو لخفاء أثر العلوق قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين أنها علقت منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللعان وقطع النسب أقوى منه في بيعه إياها فاذا

جاز ابطال حكم الحاكم بدعوى النسب وان كان هو ساعيا فى نقض ماتم به فلان يجوز ابطال البيع أولى ه وان ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لان نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان النسب الذى يثبت من المشترى لا يحتمل النقض فهو أقوى من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق الاستلحاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وان ادعياه معا فانه يثبت نسبه من البائع وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال ابراهيم النخعى يثبت نسبه من المشترى لان للمشترى فيها حقية الملك وللبائع حق الملك وصاحب حقية الملك يترجح في الدعوى كمالو ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه لهذا المعنى ولكنا نقول دعوى البائع سابقة معنى لانها تستند الى وقت العلوق فان العلوق حصل فى ملكه ودعوى المشترى لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت معنى بخلاف مسئلة الأب لان دعوى كل واحد منهما هناك تستند الى ما تستند اليه دعوى الآخر الا أن شرط دعوى الأب نقلها اليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط اذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح ما قلنا ان دعوى المشترى دعوى التحرير لان العلوق لم يكن حاصلا في ملكه ودعوى التحرير كالاعتاق اما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولان العلوق كان فى ملكه فيجعل هذا بمنزلة مالو ادعاه البائع وأعتقه المشترى معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما اذا ولدته لا كثر من ستة أشهر فادعياه معا فدعوى المشترى أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح اذا لم يصدقه المشترى فاذا اقترنت دعوى المشترى بدعوى البائع فأولى ان لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشترى الأم ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج الى النسب فحل له بعد عتق الأم ولكن لا ينقض عتق المشترى فى الأم للولاء الذى لم يثبت له عليها وهو مما لا يحتمل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت حق أمية الولد للام كما في ولد المغرور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى البائع لا تصح فى حق الأم لان الولد هو المقصود والأم تبع فاذا لم يمكن تصحيح دعواه فيما هو الأصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الأم في الاستيلاد فبيع

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وتعذر ثبوت الحكم فى البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الأصل فلهذا يثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعها ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء *ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشترى الأول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الأول صحت دعواه لان العلوق كان فى ملكه والبيع الثانى في احتمال النقض كالاول فباعتبار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين فى بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الولد الذى عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقي أحد الولدين فى ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشترى فى الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الأصل لأحدهما حرية الأصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشترى بخلاف ما سبق فيما اذا أعتق المشترى الأم لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الأصل للولد انتقاض عتق المشترى فى الأم *يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشترى عادت أم ولد للبائع فيطؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اماهنا لو نقضنا عتق المشترى فى الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الأصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم

باب بيوع أهل الذمة

قال واذا اشترى الذمى مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمى جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي اثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه اثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كنكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

على بيعه فاذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك اذا طرأ فيمتنع ثبوت الملك اذا اقترن بالسبب كما فى النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استذلال المسلم وفى اثبات الملك له عليه استذلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا فى المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبقى للوارث الملك الذى كان للمورث * ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه انما الممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى لمعنى فى المنهى عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشترى والده يجوز وان كان الولد ممنوعا عن اذلال والده لان بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والأمور بعواقبها فباعتبار المآل يصير هذا الشراء اكراما لا اذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر اذا اشترى أباه المسلم يجوز وكذلك اذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف درهم يجوز ويتملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الاقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذى يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من قبضه وفى اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك فى حق من يعتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالا يتأتى فيه القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لان فوات القبض اذا طرأ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فاذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم اذا اشترى طيبا لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لاحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر فى العبد المسلم . وحجتنا فى ذلك العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة . والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراءه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل محلا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم فى حق المسلم والكافر جميعا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع بفعله عند الفسخ *وكل ما يكال أو يوزن أو يعد في هذا الحكم سواء لما قلنا *قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم يجز لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة ومؤجلة ولم يوجد ذلك وان كان الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لان الثوب ليس من ذوات الأمثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تعذر رده بالاستهلاك لزمه قيمته كما في المغصوب *واذا باع رجل شيئا بنقد أو بنسيئة فلم يستوف ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه باقل من ذلك الثمن لم يجز ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان ملك المشترى قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأى مقدار من الثمن باعه كما لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من البائع جاز ذلك فكذلك اذا باعه منه بثمن يسير ولانه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن الاول جاز فكذلك اذا باعه المشترى منه الا انا استحسنا لحديث عائشة رضى الله عنها فان امرأة دخلت عليها وقالت ني بعت من زيد بن أرقم جارية لي بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضى الله عنها بئسما ما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا أن ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد رضى الله عنه اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يجوز أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الى العطاء فان مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع الى العطاء وقد كرهت العقد الثاني بقولها بئسما اشتريت وليس فيه هذا المعنى عرفنا أنها انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانهما يتطرقان به الى الثاني والمعنى فيه

عندنا فكذلك شراؤه فانما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده اذا أسلم ثم موجب الشراء اثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشترى عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل فى تصحيح هذا الشراء اظهار ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره الى باب القاضى ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر اذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعى لانه يستخف به فيرجع ذلك الى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس فى عين الشراء من اذلال المسلمين شئ وكلامنا فى هذا الفصل أظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لانه يعتقد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتقد انه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك فى ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك ليبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * واذا ترك فى ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى فى القرآن لا يمسه الا المطهرون * فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذمى فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يعرض عليه الاسلام فلعله يسلم فيترك العبد فى ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر اذا أسلمت امرأته يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفى المالية ويحصل المقصود وان كان للذمى عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام أبيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تفريقا بينه وبين أمه لان هـذا تفريق بحق وجب فيه فهو كمالو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك * وان كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن في كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معـه لانه لا ضرورة في التفريق بينهما اذا كان كل واحد منهما محلا للبيع * قال واذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وان أسلم عبد الذمي فكاتبه جازت الكتابة لان ملكه فيه باق بعد اسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو ازالة ذله منـه لانه يصير بمنزلة الحر في حق اليـد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليـه قهرا بملك اليمين وربما يؤدى بدل الكتابة فيعتق ويتم المقصود به فان عجز أجـبر على بيعه لان الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذى كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وان لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجـبر المولى على بيعه لان المقصود بعقد الرهن لم يحصـل فالراهن يستخدم المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه وهو الاجبار على البيع * فامابعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة واذا بيع المرهون فيكون ثمنه رهنا مكانه لان عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه الى بدله كما اذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان المؤجر اذا باع المؤاجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن اذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم في يد المرتهن أو لمستأجر أجـبرته على بيعه ولم أتركه يكون في ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال هنا يتقرر اذا ترك في ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وان كانت جارية فدبرها أو استولدها قبل الاسلام أو بعده جعلت عليها ان تسعى في قيمتها لان بيعها متعذر لما تقرر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وعند زفر هي حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعي يجبر

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا فى كتاب العتاق * واذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لان اسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الاولى * فان نقض البيع أجبر على بيعه لان الاول صار كان لم يكن * وان أمضاه لكافر مثله أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد وكذلك ان كان الخيار للمشترى فان فسخ العقد أجبر على بيعه اذا كان كافرا وان أمضى العقد والمشترى مسلم فهو سالم له * قال واذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه فانه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه ان كان كافرا لان فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد باسلامه فان البائع يجبر على بيعه اذا كان كافرا ومع امكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك احدهما فان كان البائع غائبا فرفع العبد المشترى الى القاضى أجبره على البيع ان كان شراء يجوز فى مثله البيع منه لانه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبة البائع ولا يجوز أن يترك المسلم فى ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لان فى التأخير الى أن يحضر البائع اضرارا بالعبد وابقاء له فى ذل الكافر وذلك ممتنع فى الشرع . وان كان شراء لا يجوز فى مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن اجباره على بيعه ولكنه ملك الغير مضمون فى يده أو أمانة بمنزلة المغصوب أو الوديعة * مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفاء الحقين ممكن وان كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس فى ابقاء المسلم فى ملك المسلم معنى الاذلال ولو أن مسلما وهب عبدا مسلما لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كما لو ملكه بسبب آخر . ولو أراد المسلم أن يرجع فى هبته كان له ذلك مالم يبعه الكافر أو يعوض المسلم منه والكافر فى حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع فى هبته كان له ذلك لان حقه فى الرجوع كان ثابتا مالم يصل اليه العوض فلا يبطل باسلام العبد ولكن اذا رجع فيه أجبر على بيعه * واذا أسلم عبد النصرانى فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصرانى آخر ببينة مسلمين وقد أعتقه المشترى فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشترى لم يملك وان عتقه لم ينفذ لان بائعه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغى أن ينفذ

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البيع باجبار القاضي عليه فى حق المستحق اذا كان نصرانيا لان القاضي انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبى أن يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام * ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من النصارى أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر فى العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع الذى ليس بمستحق ففى البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام أولى * قال واذا كان للمسلم عبد نصرانى تاجر فاشترى عبدا نصرانيا فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذى لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه لان المولى لا يملك من كسبه مالم يقض عنه الدين كالاجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصرانى فيجبر على بيعه كمكاتب نصرانى لمسلم أسلم عبده * قال واذا اشترى النصرانى عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال ارده تركته حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيلا يخاصم عنه فى العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفى هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم فى ظاهر الرواية القاضي يحلف المشترى بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا بطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لا لانشائها ولكنا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى الى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضى فيحتاط القاضى بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفى موضع آخر قال ولا عرضه علي بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضى أن المشترى قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشترى وان وكل البائع وكيلا بالخصومة فاقرار وكيله عليه جائز فى مجلس القاضى لانه قائم مقام الموكل فى جواب الخصم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولا يحلف لوكيل لان النيابة فى اليمين لا تجزئ ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا فى كتاب العيوب * قال ولا يجوز بين أهل الذمة شئ من بيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فانى أجيز ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة فى حقهم والأثر الذى جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل فى كتاب الغصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف فى الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفا آخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوما فى حقهم فلو لم نجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضرارا بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك الى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله فى الخمر عشرة وذكر في الجملة بائعها * والثانى قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال واذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار خمرا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكما لا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخى لأن العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد * ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل العقد كان صحيحا ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من اباقه الا أن المشترى هنا مخير لتغير صفة المبيع وهو فى ضمان البائع ولهذا لو

خاصمه فيها قبل أن يصير خلا فابطل القاضي البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الاباق اذا عاد بعد ما فسخ القاضى البيع بينهما . وبه فارق ما لو كانت خمرا في الابتداء فان هناك البيع ما انعقد صحيحا * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من اباقه لم يصح البيع *وعلى هذا النصرانى لو اشترى من نصرانى خمرا ثم صارت خلا ثم أسلما فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك لتغير صفة المبيع وان أسلما ثم صارت خلا فهو على هذا الخلاف الذى ذكرنا ثم ذكر مسئلة اقراض النصرانى نصرانيا خمرا وقد تقدم بيان ذلك فى كتاب الغصب * قال واذا اشترى النصرانى من النصرانى خمرا أو خنزيرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشترى قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلا في قول أبي حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما فى وقوع الملك للمشترى مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله . ولو كان الخيار للبائع فأسلما او أسلم البائع بطل البيع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه بالاجازة بعد اسلامه وان أسلم المشترى وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لأن البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فان أجاز البيع ملك المشترى الخمر حكما من غير عقد باشره بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك * واذا ارتهن نصرانى من نصرانى خمرا بدين له عليه فاسلم المرتهن بطل الرهن لان المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك الا بهلاك الرهن فالاسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فان كان المرتهن هو الذى أسلم بقى مضمونا عليه حتى اذا هلك هلك علي الراهن لان خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذى أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شيء لأن خمر المسلم لاتكون مضمونة على الذمى بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم فى حق المالك هنا بخلاف الأول * قال واذا وكل المسلم نصرانيا ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبي حنيفة لأن العاقد نصرانى ولم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل * واذا كان للذمى عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لأن مافيه من الشرك أعظم من التفريق يعنى أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر فى حقهم حكم كراهة التفريق

فى البيع والله أعلم

باب بيوع ذوى الارحام

قال ليس ينبغى للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا فى الصدقة ولا فى الوصية اذا كان صغيرا لما روي أن زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضي الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدة بولدها*وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفى رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم * والحاصل انه اذا اجتمع فى ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما فى الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعى فى الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله فى ملكه . وحجتنا فى ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لعلى كرم الله وجهه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال مافعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك. والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففى التفريق بينهما ايحاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم فى ذلك سواء لاستوائهما فى الشفقة التى تنبنى على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة الى البلوغ عندنا وقال الشافعى الى أن يستغنى الصغير عن الكبير فى التربية .واعتمادنا فى ذلك ما ذكره الدارقطنى فى مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا راهق الصغير ورضيا أن يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة فى ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاهما فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدى الى قطيعة الرحم ولهذا حرم

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف فى ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغا وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من أولاده *ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقى وعن ابى يوسف قال يردهما او يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس بمالو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا كان له أن يردهما أو يمسكهما . وجه ظاهر الرواية ان المثبت لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق فى احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له ان يبيع شقصه من أحدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما فى ملكه *ولو كانا مملوكين له فباع أحدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف أستحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله فى الأخوين وهو قول الشافعي * وروي الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله ان البيع فى جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وانما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففى احدى الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد * وفى الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة*وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه أدرك أدرك على طلب الاقالة أو بيع الاخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان النهى عن بيع احدهما لمعنى فى غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع فى شئ والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد البيع كالنهى عن البيع وقت النداء * قال ولا بأس بأن يكاتب أحدهما دون الآخر لان عقد الكتابة مآله العتق فهو كالاعتاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكاتبه لانه لا تفريق بينهما فى هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير اذا كوتب او اعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وكذلك لا بأس بأن يبيع احدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد انه يكره له ذلك وهذا لان بيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق فان البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفي به المشتري وربما لا يفي فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية ان الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يعد وانما ينبنى الحكم على الظاهر مالم يتبين خلافه فبيع أحدهما نسمة كبيعه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال واذا اجتمع فى ملكه أختان فدبر احداهما أو استولدها والاخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك ان كاتب احداهما لان كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فان عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع احداهما فيجوز له بيع الاخرى . وعن أبي يوسف ان في التدبير والاستيلاد ليس له أن يبيع الاخرى لان ملكه فى المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما فى ملكه فيكره التفريق وفى الكتابة لا يكره لان ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا فى ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع احداهما * قال واذا كان أحد المملوكين له والآخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا فى ملك رجل واحد ولانه غير متمكن من بيعهما من واحد اذ ليس له حق التصرف فى كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك ان كانت احداهما لعبد له تاجر وعليه دين لانه غير متمكن من بيعها فان تصرفه فى كسب العبد المديون لا ينفذ * وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا فى ملكه وان لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لانهما اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من بيعهما * وان كانت احداهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لان المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله ان يبيع ما كان عنده منهما * قال واذا كان للرجل أمة فباعها على ان له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له ان يوجب البيع في الامة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بان يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فاذا أوجب البيع فى الامة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك ان سكت حتى مضت المدة لان سكوته عن الفسخ الى مضى المدة كاختياره امضاء البيع * وان كان الخيار للمشترى فلا بأس بأن يستوجبها لان الامة خرجت من ملك البائع مع خيار المشترى فلم يجتمعا فى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ملك رجل واحد * ولو كان عنده ابن لها فاختار ردها لم يكن بذلك بأس * أما عند أبي حنيفة فلأنهما لم يجتمعا في ملكه فان خيار المشتري يمنع وقوع الملك له وعندهما لان هذا التفريق لحق له في احداهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق ما يكره للحر لانهما مخاطبان * وفي التمكن من بيعهما معا بمنزلة الحرين وكراهة التفريق لحق الشرع فيستوي فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لي قد أرضعت ولدي فقال قل من يشتري أم ولدي وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب في حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شيء منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبني كراهية التفريق * قال واذا اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغي له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له في عياله لان هذا تفريق بينهما في البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذي باعه من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق فاذا دخل الحربي دار الاسلام بغلامين أخوين صغيرين بامان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه * وان كان فيه تفريق لاني ان لم أشتره منه لاعاده الى دار الحرب وتمكن من ذلك فشراؤه منه أقرب الى النظر من مراعاة التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه أحدهما لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما في دار الحرب لانه اشتراهما من أهل الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربي مستأمن فلا بأس حينئذ بشراء أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا اجتمع في ملكه مع الصغير كبيران * والجواب في ذلك ان الكبيرين اذا استويا في القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالاخوين والخالين والعمين فلا بأس بان يبيع أحد الكبيرين استحسانا * وفي القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لان الصغير يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما في حقه كالمنفرد به * وفي الاستحسان قال هذا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه أحد الكبيرين فانه يستأنس به ويقوم الكبير بحوائجه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما اليه من جهتين كالأب والأم فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استئناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبعد والآخر أقرب اليه في القرابة كالأم مع الجد فى ظاهر الرواية لا بأس ببيع الا بعد ويمسك الاقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا أمسك الاقرب معه وشفقة الاقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقريبة تكون البعيدة كالمعدومة * وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحدا منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما اذا استويا فى الدرجة

باب بيع الامة الحامل

قال رضى الله عنه اعلم أنه أورد هذا الباب فى كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسائله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد بينا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فمازاد على ماتقدم بيانه ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعاهما البائع فانه يرد البيع لانا تيقنا حصول العلوق بالتى ولدت لاقل من ستة أشهر فى ملكه وهما توام فمن ضرورة التيقن بعلوق أحدهما فى ملكه التيقن بعلوق الآخر فهو كما لو ولدتهما لاقل من ستة أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خلف ولدا بخلاف ولد الملاعنة فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملاعن نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملاعنة كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقى بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالا كذاب اذا كان مفيدا وتقام حاجة ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية المبيعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده مقامه فى اثبات نسبه ابتداء فلهذا لا تصح دعواه وان كان فى يده صبي لا ينطق فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق فى ذلك في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشتبه عليه هذا

في الابتداء ثم يتبين له في الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان لخفاء امر العلوق يعذر في التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشتري ابنه فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار في يد نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى بعد ذلك ومن غيره سواء لا تنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد مولاه اذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه * قال في الكتاب أستحسن في الصغير كما أستحسن في المدبر يكون بين اثنين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه المسئلة في كتاب العتاق * قال واذا ولدت الأمة ولدين في بطن واحد فباع المولى الأم مع أحدهما ثم ادعى المشترى الذى اشترى فان نسبه يثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما منه ثبوت نسب الآخر وهو عند البائع على حاله لان العلوق لم يكن في ملك المشترى فدعواه دعوى التحرير والتوأم ينفصل احدهما عن الآخر في التحرير كما لو اعتق أحدهما وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الآخر وان كان اعتقه المشترى لان أصل العلوق كان في ملك البائع فدعواه توجب حرية الاصل الذى بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا ينفصل احدهما عن الآخر في حرية الاصل وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشترى لضرورة اثبات حرية الاصل له * قال واذا باع أمة حاملا فخاف المشترى ان يدعى البائع حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا الحمل من عبد له كان زوجا لها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لا رخصة في الكذب ولكنه بيان الحكم ان البائع ان أقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه المسئلة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند ابى حنيفة لان لاقراره حكمين اخراج نفسه عن نسب هذا الولد واثبات من المقر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ماهو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اعتقها فكذبه البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان أبا حنيفة يفرق بينهما فيقول الولاء قابل للتحول من شخص الى شخص الا ترى أن ولاء الولد يثبت لمولى الام اذا كان الاب عبدا فاذا عتق الاب تحول ولاؤه اليه والنسب لا يحتمل التحول من شخص الى شخص فمتى ماأخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحت دعواه وبطل البيع فيكون هذا كحكم الجارية المشتركة استولدها احدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وبطل البيع لان العلوق حصل في ملكيهما جميعا ولو دعاه البائع وأعتقه المشترى فدعوى البائع تستند الى وقت العلوق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشترى فيه باطلا ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهي حامل فادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذى لم يبع فان ولدت لأقل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان دعواهما تستند الى وقت العلوق فالعلوق حصل فى ملكهما ويأخذ المشتري مانقد من الثمن ويرد على الذى لم يبع نصف العقد لاقراره بالوطء * قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد على الذى لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين جميعا وهكذا فى رواية أبى سليمان لان اقراره بوطئها لابد أن يكون سابقا على الشراء وقد حصل ذلك في ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين * وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن الذى لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلوق قبل البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذى لم يبع لانه أقر بوطئها وذلك يلزمه نصف العقد الذى لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس للبائع على المشترى عقد لانه ما أقر بوطئها قبل شرائه وانما زعم أنه وطئها بعد شرائه في ضمن دعوى النسب فلهذا لا يغرم له شيئا من العقد والله أعلم

باب الاستبراء

قال رضى الله عنه الاصل فى وجوب الاستبراء قول النبي صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى من الفىء حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للموالى فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه اذا قيل لا تضرب فلانا يكون

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في المسبية حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت في سهمه بسبب ملك الرقبة فبهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهي المشتراة أو الموهوبة . ووجوب الاستبراء فى المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما . والحكمة فى ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهي بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهى حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن أبي يوسف قال اذا تيقن فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالمطلقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة فى حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكنا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالسبب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها الى عورة حتى يستبرئها لان من الجائز أنها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحل الا فى الملك كالوطء ولأن الوطء حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطء فيحرم بحرمة الوطء كما اذا ظاهر من امرأته المحرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس ثم الدواعى هناك لا توقعه فى ارتكاب الحرام لنفرة فى طبعه عنها بسبب الاذى والدواعى هنا موقعة فى ارتكاب الحرام وهو الوطء لانه راغب فيها غاية الرغبة مالم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر فى حق الآيسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء فى العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيتقدر بشهر وان كانت حاملا فاستبراؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التجرى لتعذر الاستبراء ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شيء من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بعض المدة فلهذا قدرنا الاستبراء في حقها بوضع الحمل واذا ارتفع حيضها وهى ممن تحيض
تركها حتى اذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لأن المقصود تبين فراغ الرحم من
ماء البائع ليتيقن بصحة البيع ووقوع الملك للمشترى فيها وقد حصل ذلك اذا مضى من المدة
ما لو كانت حبلى لظهر ذلك بها وليس فى ذلك تقدير بشىء فيما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف
رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه
الله تقول أولا يستبرئها باربعة أشهر وعشرا اعتبارا بأكثر العدة وهى عدة الوفاة فى حق
الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لان أطول مدة العدة فى حق الامة
هذا فاذا كان بأقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الأمة الاعتداد الا بهذه المدة ففى
أضعف السببين وهو الملك أولى ان لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة .وقال زفر
يستبرئها بحولين اكثر مدة الحمل وكان أبو مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لانها مدة
الحبل في النساء عادة قال والاول أصح لان نصب المقادير بالرأى لا يكون وليس في ذلك
نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو
خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة *وكذلك لو كان له في جارية
شقص فملك الباقى منها بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون
بعد ملكه جميع رقبتها فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لان ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض
العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما ببعض العلة فلا يثبت شيء من الحكم قال واذا
اشتراها وهى حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبى يوسف
انها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكنا نقول
الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تتجزأ وقد تعذر الاحتساب من الاستبراء بما
مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته فى حالة الحيض لا يحتسب
بهذه الحيضة من العدة ولانه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه
اكمالها من حيضة أخرى فاذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك ان كانت
حاضت حيضة مستقبلة بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء الا
على رواية ابى يوسف رحمه الله فانه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التى توجد فى يد
البائع كما يحصل بالحيضة التى توجد فى يد المشترى ولكنا نقول ملك الوطء بسبب ملك الرقبة

انما يستفيده المشترى بالقبض لان الوطء تصرف وملك التصرف يحصل للمشترى بالقبض فالحيضة التى توجد قبل هذا لا يحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخمر فى العصير وكذلك ان وضعت على يدى عدل حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لو هلكت انفسخ البيع وهلكت من مال البائع * قال واذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركه المشترى البيع فيها ففى القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة . وذكر أبو يوسف فى الامالى أن أبا حنيفة كان يقول أولا بالقياس ثم رجع الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله . وجه القياس أنها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهى العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان انها فى ضمان ملكه مابقيت يده عليها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما اذا سلمها الى المشترى ثم تقايلا فعلى البائع أن يستبرئها فى ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشترى فاذا عادت اليه لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ماقبل التسليم وعن ابى يوسف قال اذا لم يكن البائع فارق المشترى حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه تيقن بفراغ رحمها من ماء غيره * قال واذا اشترى جارية لاتحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهر بدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت واذا حاضت عند المشترى حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت اليه بعد ماحدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه أن يستبرئها سواء كان عودها اليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد . وكذلك لو باع شقصا منها ثم استقاله البيع فيها اواشتراها لان بيع البعض كبيع الكل فى زوال ملك الحل فى حق البائع وفى الوجهين تجدد الحل بعد زوال ملكه ويده فلزمه استبراء جديد * قال واذا رجعت الآبقة اوردت المغصوبة أوفكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء المدة فليس عليه أن يستبرئها لان ملك الحل مازال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة ولم يختل ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لا يتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه حتى يغرم بوطئها العقد لها ويغرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها لان ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة *وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه والحل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا ينبني على ذلك وانما ينبني على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يختل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يغرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها أحق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرر له الملك الذي كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقها زوجها فان كانت الفرقة بسبب يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لا حق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدى الروايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ما حلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستبرئها وهو الاصح لانه لو لزمه الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ما هو وظيفة النكاح فلان لا يجب أولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها أن تتزوج عقيب الطلاق ويطؤها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى أن يطأ أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة ولو باعها على أنه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذي كان له باق في مدة خياره فبفسخ البيع لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول أبي حنيفه لان المشتري لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشتري قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض واذا قبضها المشترى على شراء فاسد ثم ردها القاضى على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشترى ملك رقبتها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد اليه من الملك *قال واذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشترى فوطئها ثم خاصم مولاها الاول فقضى القاضى له بها فعليه ان يستبرئها بحيضة استحسانا وفى القياس لا يلزمه الاستبراء لان المشترى من الغاصب غاصب كالاول وقد بينا أن المغصوب منه اذا استرد المغصوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها لانها حلت المشترى حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشترى ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا اذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح فى حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك فى حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشترى يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشترى لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ما وطئها وفى الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا لثبوت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشترى *قال واذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقربها بعد ما يستبرئها بحيضة هذا فى احدى الروايتين فى هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين . وان كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه أن يستبرئها لانها ماحلت لغيره والامة لا تملك أن تزوج نفسها بغير اذن مولاها وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقربها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء *قال واذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه أن يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبة فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة *قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لأن المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه * اما عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لأن العبد ليس أهلا أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ماصار المولى أحق بها يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد مايشتريها من العبد لأن قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها * قال وان وهب جاريته لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لأنها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ماحلت لغيره وكذلك اذا أصاب المأسورة قبل القسمة أو بعدها لأن العدو قد كانوا ملكوها بالاحراز . ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان ابقت الى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الآبق اذا دخل دار الحرب لا يملك بالأخذ فاذا ردت على المولى بغير شئ فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها * قال واذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشترى ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لأن المشترى لم يملكها فان حق الحرية الثابتة فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء .ألا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشترى لم يثبت نسب الولد من المشترى وان ادعاه فاذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد * قال واذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحيضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لأنه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمها بمائه وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكنا نقول الاستبراء فى ملك اليمين نظير العدة فى النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء فى الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسق به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا فى حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بايجاب الاستبراء على المشترى الا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشترى فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً واذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشترى أن يجتزئ بذلك الا فى رواية شاذة عن أبى يوسف بناء على أصله فى أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكنا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجها لم يكن له أن يزوجها حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل فى الموضعين جميعا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجباً عليه ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والا ظهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجها بعد ما وطئها صيانة لمائه لأنه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشترى ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان زوجها قبل أن يستبرئها جاز لأن وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة ولا يمنع صحة تزويجها والأحسن للزوج أن لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه فى القضاء وفى الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كى لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد لأن ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد وجه قولهما ان الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوج أم ولده أو مدبرته فهي فى ذلك كالامة * قال واذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لأنه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزانى الا الحجر وليس فى الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

بماء غير وفى الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة فان حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو وطئها كان ساقيا ماءه زرع غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ماحاضت عند المشترى حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لأن ملك الحل لايثبت له مالم يملك جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع . وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فقبضها المشترى وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لان ملك الحل انما يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسئلة أن بيع الفضولى يتوقف على اجازة المالك عندنا ويجعل اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وعند الشافعى لايتوقف بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله مجيز حال وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف. واحتج الشافعي بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه والفاسد من العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض فيكون بيع ما يقبض ولم يملك منهيا عنه أولى والمعنى فيه ان تصرفه صادف محلا لا ولاية له على ذلك المحل فيلغو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء فانه لاينعقد وان أخذه بعد ذلك وهذا لأن انعقاد العقد يستدعى محلا ويختص بمحل للعاقد عليه ولاية فاذا انعدمت الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية فى التصرف عند العقد وذلك يوجب الغاءه كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان أجازه بعد البلوغ فكذلك هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب البائع قد اشتريت منك بكذا فان ذلك تصرف فى ذمة نفسه بالتزام الثمن اذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته . والدليل عليه ان المشترى اذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو اجازه البائع لانعدام ولاية العاقد على المحل يدا وكذلك لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فاذا انعدمت ولايته ملكا ويدا على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل البيع ولا ينفذ فاذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه فلأن لا ينفذ من جهة غيره باجازته أولى . وحجتنا في ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشترى له أضحية وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا الى عروة البارقي رضي الله عنه وأمره أن يشترى أضحية فاشترى بالدينار شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بالاخرى مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفا على اجازته لامره بالاسترداد . والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لا دين عليه وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينفعل فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان واذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالاجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية في التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك فاذا قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه ففي الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البات والثاني ان السبب انما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر الى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم الى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستندا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا ولا يكون قابلا للتمليك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لغا لانعدام الأهلية في التصرف فان اعتبار عقل الصبي وتمييزه لتوفير المنفعة عليه وما يتمحض ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يجعل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتمحض ضررا أن الولي لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لغا لانعدام حكمه أصلا فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه فاما مال الغير فمحل الحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ما باعه لأن حكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان ان المراد اذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يارسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك اذا عرفنا هذا في بيان مسئلة الاستبراء فالملك النافذ للمشتري لا يكون الا بعد الاجازة والحل يبنى على ذلك ولا يحتسب بالحيضة التي توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيضة الموجودة في يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا يحتسب بها من الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاضت

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بعد ماقبضها المشترى قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشترى بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فما لم يفترقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضي به صاحبه وله في وقوع الملك للمشترى قولان . واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوى الحديث ابن عمر رضى الله عنهما وقد فهم منه الافتراق عن المجلس على ماروى انه كان إذا أراد أن يوجب البيع مشي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد تمليك المال فلا يلزم بنفسه مالم ينضم اليه ماتأيد به كعقد الهبة فانه لا يوجب الملك بنفسه مالم ينضم اليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود به الاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبت الشرع الخيار لكل واحد منهما به ماداما في المجلس ليتحقق به ماهو المقصود لكل واحد منهما بخلاف النكاح فانه في العادة لا يقع بغتة وانما يكون بعد تقدم الخطبة والمراودة ثم إنما تقدر هذا الخيار بالمجلس لأن حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن في الصرف والسلم القبض الموجود في المجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحد منهما فكذلك يثبت ماداما في المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار . وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاء العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث وقال عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار والصفقة هي النافذة اللازمة فتبين ان البيع نوعان لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فمن قال بأن الخيار يثبت في كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فطلقه يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وإنما يظهر قوته في حكمه حتى لا ينفرد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لا يثبت الحكم به الا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لأنه لا أثر لبقائهما في المجلس في المنع من تمام الرضا والدليل عليه أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا وايجاب العقد مطلقا أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع مكن كل واحد منهما من دفع الغبن عن نفسه بشرط الخيار فاذا لم يفعل فهو الذي ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو المقصود بالعقد لا يحصل بالفسخ بل هو متمين في إمضاء العقد فهذا يقتضي أن لا يثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال الا أن الشرع مكن كل واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهر أن منفعته فيه فاذا لم يشترط الخيار عرفنا أنه إنما قصد تحصيل ماهو المطلوب بالعقد وهو الملك في البدل وفي لزوم العقد بنفسه يحصل هذ المقصود لا تفويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه أنه لا يثبت خيار المجلس وفتوى الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه ثم المراد بالحديث ان صح المتساومان فان حقيقة إسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمقابلين والمناظرين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعني أنهما جميعاً بالخيار ان شاآ فسخا البيع بالاقالة مالم يتفرق رأيهما في ذلك وذكر أبو يوسف في الأمالي ان تأويل هذا الحديث إذا قال لغيره بعني هذه السلعة بكذا فيقول الآخر بعت وبه يتأول ان يعد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكلم بالبيع منهما وعلى أصل الشافعي بهذا اللفظ ينعقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا عن المجلس إن شاء قال المشتري اشتريت حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أو قام من المجلس قبل أن يقول المشتري اشتريت *قال وإذا ارتدت أمة لرجل ثم تابت لم يكن عليه أن يستبرئها لأنها لم تخرج عن ملكه ولم تحل لغيره إنما حرمت عليه بعارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة مالو حرمت عليه بالحيض *قال وإذا اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشتري فعلى المشتري أن يستبرئها لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض وهي فارغة عن حق الغير عند القبض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ماقبضها المشترى فليس عليه أن يستبرئها لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج لحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لا يوجب الاستبراء وهذه هى الرواية الاخرى فى ان الزوج إذا طلقها قبل لدخول لا يجب على الولى به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فان مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوي من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشترى حتى يستبرئها بحيضة لأن الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهى فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا الى أثر فيظهر ما كان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشترى وان كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزأت تلك الحيضة عن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ماوجب الاستبراء على المشترى بالقبض وبتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجتزئ بها من الاستبراء لانها حاضتها بعد ماوجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبداً له قبل أن يقبضها ثم قبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشترى أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزويجه اياها قبل القبض صحيح كالاعتاق لأن النكاح لا يمنع صحته بسبب الغرر أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهى مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هى الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحته حرة لأنه لا يمكنه أن يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش فإنما اشتراها وهى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعا ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر وفى قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ماتقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الأحكام الشرعية ليس من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط الشفعة والله أعلم

باب الاستبراء في الاختين

قال واذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطأ الاولى وليس له أن يطأ الثانية لأنه إذا وطىء الثانية يصير جامعاً بين الاختين وطئاً بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح آية التحريم لأنه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا واخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال *وإن لم يكن وطئ الاولى حتى اشترى الثانية أو اشتراهما معاً فله أن يطأ أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء احداهما لا يصير مرتكبا لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئا فله أن يطأ ايتهما شاء فان وطئ إحداهما لم يكن له أن يطأ الاخرى لانه لو وطىء الاخرى صار جامعا بينهما وطئا فان وطئهما جميعا أو قبلهما أو نظر الى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما في دواعي الوطء والتقبيل والنظر الى الفرج بشهوة من جملة الدواعي كالنكاح ولهذا تثبت به حرمة المصاهرة كما تثبت بالوطء ثم ليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم على نفسه إحداهما ببيع أو نكاح أو تبرع لأنه اذا أراد أن يطأ احداهما والآخرة موطوءته ولهذا لو كانت موطوأته على الخصوص لم يكن له أن يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك هذا الحكم بعد ماوطئهما فان زوج احداهما فله أن يطأ الباقية منهما لأن المنكوحة صارت فراشا للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكما ولهذا لوجاءت بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى وان ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولو طلق احدى الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالاخرى من ساعته فهنا أيضا له أن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يجامع الاخرى غير انى لا أحب له أن يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لا يقرب التى تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغى لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احداهما أو يبيع لأن حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احداهما وسلم ثم اشتراها أو ردت عليه بعيب فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم إحداهما على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءته فكانت هذه الحالة كحاله قبل البيع فى المنع * قال واذا ارتدت إحداهما عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فمباشرته فى احداهما لا يخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطأ الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احداهما دين أو جناية فانها لم تخرج من ملكه مالم تدفع أو تبع فاذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحل له وطء الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احداهما أو اعتق بعضها فقضي عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطأ الاخرى أما فى معتقة البعض فهو غير مشكل لأن ملكه زال عنها بقدر ما أعتق وزوال ملكه عن بعضها فى حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا فى الباب المتقدم انها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغى أن لا يحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها وجعل وطئه اياها وطئا فى غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطأ الاخرى وكذلك لو وهب احداهما أو وهب شقصا منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو واحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز * ولو أبقت اليهم لم يحل له وطء الباقية فى قول أبى حنيفة لانهم لم يملكوا الآبق بالأخذ فهى باقية على ملكه وعند أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله اذا أخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطء الأخرى *قال ولو زوج احداهما نكاحا فاسدا فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن يطأ اختها لأن العدة وجبت على التي زوجها والعدة بمنزلة النكاح في حرمتها بها على المولى فيحل له أن يطأ اختها وان كانت عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب الاخت لأن النكاح الفاسد لا يحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده وعدمه سواء. وان باع احداهما بيعا فاسدا وقبضها المشترى حل له وطء الاخرى لأن المشترى ملكها بالقبض وان كان لا يحل له وطؤها لفساد البيع وبخروج احداهما عن ملكه يحل له وطء الاخرى لان المشترى ملكها بالقبض فان تراد البيع فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم احداهما عليه فان باع التي لم يبع لم يقرب التي ردت عليه حتى يستبرئها بحيضة لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد *قال واذا تزوج اخت جاريته التي وطئها لم يقرب واحدة منهما حتى يملك فرج أمته غيره لأن التي تزوجها صارت فراشا له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلهذا لا يقرب أمته ولا يقرب المنكوحة لانه وطىء أختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطئا وذلك حرام وقال مالك له أن يطأ أمته كما كان يطؤها قبل النكاح وجعل نكاحه اختها بمنزلة شرائه اختها والفرق بينهما ماذكرنا فانها بنفس الشراء ماصارت فراشا له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب . ولو اشترى أخت امرأته وهي أمة كان له أن يطأ الاولى وهي المنكوحة لان الثانية بنفس الشراء ماصارت فراشا له ويستوى ان كان وطىء المنكوحة أو لم يطأها لان بالنكاح صارت فراشا له والتحقت بالموطوءة .ولو اشترى عمة امته التي وطئها أو خالتها أو بنت أختها اوبنت أخيها من نسب أورضاع فهو بمنزلة شراء الاخت لان الجمع بين هاتين في النكاح حرام فكذلك يحرم الجمع بينهما وطئا بملك اليمين* قال واذا اشترى جارية وقبضها وعليها عدة من زوج من طلاق أووفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بعد مضي تلك المدة استبراء استحسانا لان العدة من حقوق النكاح فتعمل عمل أصل النكاح في المنع من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحة عند القبض بالشراء لم يجب على المشترى فيها استبراء فكذلك اذا كانت معتدة ألا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعدما قبضها المشترى لم يلزمه استبراء آخر فكذلك اذا انقضت عدتها بغير ولد* قال واذا اشترى جارية لها زوج

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجها لم ينبغ للمشترى أن يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى الى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب الزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها اذا علم ان المولى وطئها فى هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشترى الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشترى فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطء البائع فلا بأس بان يقربها المشترى ولا يستبرئها فبهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشترى عند الطلاق *قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فحاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لأن المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التى توجد فى يده بعد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه* قال ألا ترى أن مولاه اذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعنى أن المولى فى كسب مكاتبه كالاجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لأن ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف فى ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبتها فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولي أن يستبرئها لأنها تتكاتب عليه وكل من دخل فى كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ فى المكاتبة فكما أن المكاتبة اذا عجزت لا يجب على المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبة معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانها قد تكاتبت عليه وعند أبي حنيفة لا يتكاتب ماسوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الاجنبية ألا ترى أن المولي لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه بيعها * قال ولو اشترى النصرانى جارية فليس عليه أن يستبرئها لأن ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بما هو أهم من الاستبراء كالعبادات فان أسلم قبل أن يطأها وقبل أن تحيض حيضة ففي القياس ليس عليه أن يستبرئها لأن أوان وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعد كما لو كانت منكوحة أو معتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لأن وقت الاستبراء من حين يقبضها الى أن تحيض حيضة فاذا أسلم وقد بقي شئ من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر اذا أسلم في آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فان وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لأن وقت الاستبراء ما قبل الوطء لانه يستبرئ رحمها من ماء غيره لا من ماء نفسه وبعد الوطء لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه * قال واذا اشترى جارية مجوسية فحاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجتزئ بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فحاضت فى احرامها ثم حلت * قال واذا اشترى جارية هي اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشترى أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشتراها من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله أعلم

باب آخر من الخيار

قال واذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة فاشتراها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منطق يستدل به أنه قد عرفها فهو بالخيار اذا كشفت نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئا لم يره لان الرؤية السابقة لم تفد له العلم باوصاف المعقود عليه لما لم يعلم أنها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المعقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فما لم يفده بأوصاف المعقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنقبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشتراها أما كان له الخيار اذا كشفت نقابها فكذلك اذا اشتراها من الاول * قال ولو نظر الى جراب هروى فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ثم أخبره انه قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشتراه فهو بالخيار اذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لا يجوز

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ماقطع منه معلوما عند المشترى لم يكن مايتناوله العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية . ألا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يجز الشراء فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فلعله قطع أجودها والمشترى يظن أنه قطع أردأها فلهذا كان له الخيار اذا رآه *قال ولو عرض رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما فى منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم أيهما هو فهو بالخيار اذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فلعل المشترى يظن انه أجودهما وهو اردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد لف كل واحد منهما فى منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لاحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة فى صفقتين أو صفقة ولم يرهما فى هذه المدة فأوجبهما له فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما فى الثمن فالمقصود لا يحصل له مالم يعلم بأوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذى اشتراه بعشرين درهما أجودهما والذى اشتراه بعشرة اردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجد به عيبا يحتاج الى رده فلا يندفع الغبن عنه مالم يعرف كل واحد منهما بعينه .ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما فى الثمن وقد كانا معلومى الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما *قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشترى بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لازما وذلك يعجزه عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشترى لازم فى جانب البائع واكتسابه مايعجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره أو باعه . والبائع بالخيار فنقض البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه والبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبائع أقوى فى اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فاذا باعه بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له *قال ولو اشترى عبدا لم يره

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له أن يرده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان عقد اكتساب لازم فى جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فمباشرته تتضمن سقوط خياره حكما لخيار الشرط والرؤية فى ذلك سواء ولو حم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يرده بخيار الرؤية والشرط لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ماتقدم فان عجزه عن الرد هناك لايجابه حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع فى الثلاثة بحضرة البائع والعبد محموم وله خيار الشرط ثم ذهبت الحمى قبل مضى الثلاثة ولم يحدث ردا حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يرده بذلك الرد لان نقضه البيع بحضرة البائع صحيح فى حقه وانما امتنع ثبوت حكمه فى حق البائع لدفع الضرر عنه فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع فى حق البائع أيضا فلهذا كان له أن يرده بعد مضى الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجعل المشترى كالمجدد للفسخ فى هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذى كان منه كانه جدده بعد زوال المانع .ولو تمادت به الحمى عشرة أيام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستغراق المانع فى جميع المدة ولانه حين أقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لايملك الرد به بعد مضى مدة الخيار وانما يملك ذلك فى مدة الخيار ولو خاصمه فى الثلاثة الى القاضى فرده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضى يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرده بعيب حادث عنده وانما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا لالحاق الضرر بالبائع فاذا أدى ذلك الى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضى فان صح العقد فى الثلاث لم يكن له أن يرده لان الزام القاضى اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يرده بعد ذلك فاذا ألزمه القاضى كان أولى وكذلك هذا فى خيار الرؤية لان قضاء القاضى ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الموهوب له اذا بنى فى الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضى رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لان حق الواهب فى الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فالقاضي انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لالأن يسقط حقه فى الرجوع فاذا زال المانع كان له ان يرجع وهنا القاضي مسقط لخياره لان خياره محتمل للسقوط فبعدماسقط خياره بقضاء القاضي لا يمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده فى الثلاثة بحضرة البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقامت عنه الحمى وعاد الى الصحة فى الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشترى فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه الى ذلك البائع ثم بحدوث العيب فى ضمان المشترى يثبت للبائع الخيار فاذا أقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب فى يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشترى كان لازما للمشترى ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى به فابطل القاضي الرد وألزم المشترى العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضي بمنزلة البيع اذا أبطله القاضي للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عند المشترى جرحا له ارش أو جرحه هو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هو فلان اقدامه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يعجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هو فاقدامه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلك مسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط أما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما اذا مات الولد فللنقصان الحادث في يده بالولادة ولو كانت دابة أوشاة فولدت لم يكن له أن يردها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أو غيره لأنه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة في يده واذا كان القاتل غيره فقد وجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولو مات موتا كان له أن يردها لأن الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن والولادة لا تمكن عيبا فيها فان الولادة فى البهائم لا تكون نقصانا فلهذا كان له أن يردها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشترى وعلى البائع القيمة فى خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشترى عجز عن ردها بعد ما قتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها أجنبي آخر يسقط خيار المشترى ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك اذا قتلها البائع وأما اذا جرحها البائع عند المشترى فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفى قول أبي يوسف الآخر للمشترى أن يردها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكر محمد بن سماعة فى نوادره فى خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا وجه قوله ان الخيار مستحق للمشترى على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الابقاء. يوضحه أن حدوث العيب فى يد المشترى انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك فى جناية البائع عليه لانه راض بفعله ولانه يجعل مستردا لذلك الجزء لجنايته ولما بقى برد المشتري عليه فيعود اليه حكما كما خرج من يده بخلاف ما اذا كان الجانى غيره. وجه قولهما أن البيع لازم فى جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي آخر بدليل مسئلة القتل ولو كان الجانى أجنبيا آخر فوجد الارش لم يتمكن المشترى بعد ذلك من ردها فكذلك اذا كان هو البائع ولا يملك اسقاط خيار المشترى فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضي بالنقصان الحادث بجنايته في ملك المشترى فلا يكون راضيا به فى ملك نفسه ولو جعل جنايته استردادا فى ذلك الجزء لكان قتله استردادا فى الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد ولو استودعها المشترى البائع بعد ما قبضها فماتت عند البائع قبل أن يرضى المشترى ففى خيار الرؤية هى من مال المشتري وعليه الثمن لانها مملوكة للمشترى أمانة في يد البائع فهلاكها فى يد الأمين كهلاكها فى يد المشترى وفى خيار الشرط كذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشترى وعند أبى حنيفة فى القياس كذلك لان البيع لازم فى جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشترى اياه كايداعه أجنبيا آخر فاذا هلك في يده هلك من مال المشترى وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لأن خيار المشترى يمنع ملكه عند أبى حنيفة فتسليمه اياها الى البائع لا يكون ايداعا فيه ملك نفسه ولكنه فسخ للقبض فكأنها هلكت فى يد البائع قبل أن يقبضها المشترى فيهلك من مال البائع

﴿ باب بيع النخل وفيه تمر أو لم يكن فيه تمر ﴾

قال واذا اشترى الرجل أرضاً ونخلاً بألف درهم والارض تساوى ألفا والنخل يساوى

ألفا فأثمر النخيل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوى الثمرة الفاً فأكله البائع كله ثم جاء المشترى يطلب بيعه فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن الثمار الحادثة زيادة في الارض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله وفى قوله الآخر هو زيادة فى النخل خاصة وجه قوله الآخران الثمار يخرجه النخيل دون الارض فيكون زيادة فيهما يقسم الثمن على قيمة الارض والنخل أولا ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة مالو اشترى جاريتين فولدت احداهما قبل القبض ثم قبضهما فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولا ثم ما أصاب التى ولدت يقسم على قيمتها وقيمة ولدها يوم يقبض المشترى الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة وجه قولهما ان النخيل في هذا البيع بيع بدليل أنها تدخل فى البيع من غير ذكر والبيع لايقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة فى الاصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولدا فيجعل الولد الثانى زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة فى العقد فلا يكون ولدها تبعا لها فهذا مثله والثمار فى الصورة يخرجها النخيل وفى المعنى زيادة فى الارض لان النخيل تتشرب بعروقها من الارض ألا ترى ان بقوة الارض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الاصل هو الارض للثمار والنخيل جميعا فلهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر فى القسمة قيمة الثمار حين أكلها البائع لانها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة انما تصير لها خاصة من الثمن اذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى ان المشتري اذا قبضها يعتبر فى الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا اذا أكلها البائع فان كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها البائع وقيمتها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الارض وثلثه بازاء النخيل وثلثه بازاء الثمار ويسقط عن المشترى حصة الثمار من الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلثى الثمن وفى قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولا على قيمة الارض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشترى ربع الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن وان كانت أثمرت النخيل مرتين أخذ المشترى الارض والنخيل بنصف الثمن لأن القيم لما استوت لحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الاول وقال أبو يوسف يأخذ بثلثى الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذى يقابله النخيل يقسم

أثلاثا ثلثه يسقط عن المشترى بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخيل يتقرر على المشترى مع حصة الارض فيأخذها بثلثى الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ الارض والنخيل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصة لثمن ثلاث مرات وعند أبى يوسف يأخذ الارض والنخيل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع النصف الآخر حصة النخل ويسقط عن المشترى ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخيل بثلث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة أسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبى يوسف يأخذهما بثلاثة اخماس الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف الآخر حصة النخل فذلك ستة أجزاء من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عندهما سبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل بسبعة أجزاء من اثنى عشر جزأ من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة النخل سدس النصف الباقى وفي جميع ذلك الخيار للمشترى ان شاء أخذ الارض والنخل وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبى حنيفة فلا خيار للمشترى فى ذلك وانما نص على الاختلاف فى الباب الذى بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض اذا أتلفه البائع ولا فرق بين الولد فى الشاة وبين الثمار . وجه قولهما أن الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة بتناول البائع وكان لها حصة من الثمن فالتحقت بالموجود عند العقد ولو كانت موجودة فأتلفها البائع ثبت الخيار للمشترى فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشترى عند القبض رضى بأخذ الارض والنخيل بجميع الثمن فهو بأخذهما ببعض الثمن أرضي وثبوت الخيار لتمكن الخلل فى رضا المشتري فاذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له . يوضحه أن هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البائع أخذ المشترى الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع يخير المشتري فكذلك بصنع البائع وبهذا يتبين أن تفريق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان فى النخل ثمرة تساوى ألفا يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراهما معا فان الثمار لا تدخل

في البيع الا بالذكر لانه يعرض الفضل فهو والموضوعة فى الارض سواء بخلاف النخيل فانها
تابعة للارض كالبناء فيدخل فى البيع من غير ذكر فاذا أكلها البائع ثم أثمرت بعد ذلك
مرارا فاكله البائع فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل
البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهى
مقصودة لا تدخل فى العقد الا بالذكر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل
وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشترى
ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخيل في هذه المسئلة
فبمنزلة جميع الثمن في المسئلة الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار
الحادثة على نحو ماخرجنا فى المسئلة الاولى قال فان كانت الثمرة التى حدثت بعدالبيع لم يأكلها
البائع ولكن أصابتها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشترى بالخيار ان
شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم
يكن لها حصة من الثمن وصارت كان لم تكن فنفى النقصان المتمكن فيتخير المشترى لاجل
ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشترى فى البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان
الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن وأما الثمار الموجودة عند
العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشترى حصتها من الثمن
لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فينفسخ البيع فيها ويسقط
عن المشترى حصتها من الثمن وله الخيار فى أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع
أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة مالو اشترى جاريتين فهلكت
احداهما قبل القبض والله أعلم

باب جناية البائع والمشترى على المبيع قبل القبض

قال رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشترى
بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتعيب
بصنعه فتفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام بفوات النصف فان اليد من الآدمى نصفه وذلك
مثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فعليه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

نصف الثمن عندنا . وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة . وكذلك
لو قتله البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشتري عندنا وعند الشافعي يغرم البائع القيمة
اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشتري بالعقد قبل القبض والقاطع
في الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لايخرج
من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالمرهون إذا جنى عليه المرتهن . وحجتنا
في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لايلتقيان وهذا لانه
لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز أن يجب على البائع
القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البائع حتى
لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة في المبيع من وجوب
ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فاذا لم
يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلفه بجنايته لان ذلك صار مقصودا بالتناول
فيقابله حصة من الثمن وقد فات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع فينفسخ العقد فيه في
ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشتري بالخيار ان شاء أخذه
بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير المعقود عليه في ضمان البائع فان اختار الأخذ فعليه جميع
الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوّي بينهما فيقول في الموضعين جميعا على البائع ضمان
نصف القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن
أو بغير فعله كالمغصوب وقاس بما لو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض بفعل البائع
أو بغير فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكنا نقول الطرف من العبيد وصف
ألا ترى انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناؤه من العقد واسم العبد
لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقي العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان
الفائت وصفا قلنا ان فات بغير صنع أحد فقد فات تبعا لامقصودا فلا يقابله شيء من الثمن
وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقابله بعض الثمن لامحالة
بخلاف العبدين وكل واحد منهما هناك يدخل في العقد مقصودا يوضحه ان الوصف
لاينفرد بالعقد فلاينفرد بضمان العقد أيضاً والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في
الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المغصوب فهو مضمون بالتناول والوصف ينفرد بالتناول

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيفرد أيضاً بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذى جنى عليه فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وحبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لأن فعله بنفسه هدر وان قطع أجنبي يد العبد فالمشترى بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الفائت فباعتبارها يبقى جميع الثمن على المشترى وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجانى ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية ألا ترى أنه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجانى هو البائع فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى أنه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز استحقاق القيمة فى الذمة بحكم البيع فاذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بما زاد على نصف القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل فى ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وعند الشافعى لا يلزمه التصدق بشيء وأصل الخلاف فى القتل فان العبد المبيع لو قتله أجنبي وقيمته ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختار المشترى امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لأنه ربح حصل لا على ضمانه ولان القبض له مشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الألف بالالفين ربا فقبض الالفين بحكم العقد بمقابلة الألف يتمكن من شبهة الربا فيلزمه التصدق وعند الشافعى لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن مشروطاً فى العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشترى إنما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة وإنما استوفي القيمة باعتبار أنه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشترى فسخ البيع فان البائع يتبع الجانى بنصف القيمة أيضا لأن العقد انفسخ برد المشتري من الاصل فيبقى جناية القاطع علي ملك البائع ورجع عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضا بما زاد من نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار المآل يجعل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك فى سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فاذا كان يلزمه التصدق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلان يلزمه التصدق بالربح الحاصل لا على ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذى قطع يد العبد صار قابضا لجميع العبد لانه أتلف نصفه بقطع اليد وفى الاتلاف قبض وزيادة وغير ما بقى بفعله والمشتري بصنع معين للمعقود

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عليه يصير قابضاً يوضحه انه لو تخلى به كان قابضا له وبقطع يده يكون متخليا عما بقى منه وزيادة فان هلك العبد فى يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشترى فعلى المشترى جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكا فى ضمان المشترى فيتقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسراية القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منعه ثم مات من القطع فعلى المشترى جميع الثمن أيضا لأن القطع اذا اتصلت به السراية فهو قتل حكما ومنع البائع اياه لايقطع السراية عن الجناية لان هذا المنع لايتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشترى واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع لما منع الباقى بالثمن فقد صار مستردا له بحق فاسخا لقبض المشترى فيه ولو قبضه المشترى حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وحبسه بالثمن انتقض به حكم المشترى فكذلك اذا صار قابضا لما بقى منه باعتبار الجناية واذا انفسخ قبض المشترى فيه كان هالكا فى ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشترى بقطع اليد لان اليد من الآدمى نصفه ولا يتصور الاسترداد فى الجزء الفائت فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف ثم برىء منهما جميعا فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشترى بنصف الثمن فلما قطع المشترى رجله فقد صار مسقطا لخياره لانه قابض لجميع مابقى متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف أولى أن يكون مسقطا لخياره ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر على المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتا قبض المشتري في الباقى متلفا لنصف ما بقى فيسقط عن المشترى نصف مابقى من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقى من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشترى بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقى منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ مابقى وعليه نصف الثمن بقطع اليد وربعه بمقابلة مابقى من العبد ولو كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقض قبض المشتري في شئ لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشترى فلهذا لايجعل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم في البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشترى مالم يصل اليه الثمن واذا بقى حكم قبض المشترى كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشترى جميع الثمن لبقاء حكم قبضه فى جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشترى * قال ولوكان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشترى رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لأن بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا أن خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازماله بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى أعطاه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فى يد البائع فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن لأن البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشترى بقطع رجله صار متلفا نصف مابقى وهو الربع تلف بسراية الجنايتين فنصفه يكون هالكا بسراية جناية البائع وانما تعتبر السراية فى الحكم بأصل الجناية وحكم أصل جناية البائع سقوط الثمن بحصة ماتلف به فكذلك حكم سراية جنايته وحكم أصل جناية المشترى تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ماتلف بسراية جنايته فيحتاج الى حساب تقسم ربعه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جناية البائع أربعة وبسراية جنايته سهم فلهذا سقط عن المشترى خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية المشترى سهمان وبالسراية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن . فان قيل فاين ذهب قولكم ان المشترى بجناية يصير قابضا لما أتلف ولما بقى منه . قلنا هو كذلك ولكن للبائع حق الاسترداد فيما بقى مالم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسراية جنايته لأن تأثير سراية جنايته فوق تأثير حبسه وقد بينا أنه لو حبسه بعد جناية المشترى انتقض به قبض المشترى إلا فيما تلف بسراية جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشترى فيما تلف بسراية جناية البائع كان أولى ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تلف بجناية المشترى النصف وهو أربعة من ثمانية وبسراية جنايته سهم فيلزمه خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فكما انتقض قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع فكذلك ينقض فيما تلف بسراية جنايته فلهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثمن وان كان الثمن منقوداً والمشترى هو البادئ بالجناية فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ولم ينتقض قبضه فى شيء بجناية البائع لانه لاحق للبائع فى نقض قبضه بعد وصول الثمن اليه فلهذا كان عليه جميع الثمن وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً لانه تلف بأصل جنايته نصف مابقى منه وهو ربع العبد وبسراية جنايته ربع مابقى منه وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحا والبائع في هذه الحالة كاجنبي آخر فان كان البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشترى نصف الثمن الذى أعطاه لانه بقطع اليد أتلف نصفه قبل أن يصير المشترى قابضاً له فينفسخ البيع فى ذلك النصف ويجب عليه رد نصف الثمن ثم المشترى بقطع الرجل صار قابضا جميع مابقى قبضاً تاماً فيتقرر عليه نصف الثمن إلا أن نصف مابقى تلف بجناية المشتري والنصف بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البائع وهو الثمن فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لأن التالف بسراية الجناية كالتالف بأصل الجناية ولو تلف بجنايته بعدما تم قبض المشترى فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ماتلف بسراية جنايته فلهذا ألزمه ثمن قيمة العبد للمشترى . فان قيل قد قلتم أن للقبض مشابهة بالعقد واذا كان بأصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية فان قطع يد عبد نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشترى بعد جناية البائع ينبغى أن ينقطع حكم السراية . قلنا عيب المبيع لا تقطع حكم السراية ولكن تبدل المستحق سبب للبيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشترى بالبيع وهذا المعنى لا يوجد فى القبض وبه لا يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا يحصل حكماً أيضاً فان ماتلف بأصل الجناية قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنايته يتلف على ملك المشترى ويتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ماتلف بجناية البائع سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ماتلف بجنايته يجب القيمة على البائع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكا للمشترى لجناية البائع تصادف ملك المشترى وهو سبب لضمان المتلف للمشترى عليه الا أن قبض المشترى يفوت فيما تلف بأصل جنايته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن

بذلك فأما ماتلف بسراية فلم يفت قبض المشترى فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشترى لان حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد فى حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذى يرد على أبى حنيفة في مسئلة سراية القصاص ان القطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله اذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسئلة ولو كان المشترى حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه فمات فى يد المشترى من جناية البائع عليه بطل على المشترى نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك فى يد المشتري بجناية البائع لان المشترى باقدامه على القبض صار راضياً بما بقى منه وذلك قاطع لحكم سراية جناية البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشترى نصف الثمن ولان القبض مشابه بالعقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لأن المشترى صار راضياً بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضع ولا يشبه قبض المشترى في هذا الوجه قبضه فى الوجه الاول بالجناية عليه أو بعيب يحدثه فيه وكل شئ يحدثه من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جناية فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ماهلك منه بجناية البائع واذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة واذا كان القبض بعد جناية البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنايته فى يد المشترى من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لأن القبض بالجناية حكمى فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التى انعقد سببها بجناية البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر فى جميع مابقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جناية البائع وهذا لأن بالقبض حسا يجعل راضيا بما بقى من العبد بعد جناية البائع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقى بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشترى أو بسراية جنايته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يدعبده ثم غصبه منه غاصب فمات فى يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنايتين كان على الجانى ضمان ماتلف بجنايته وسراية جنايته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ماسبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية قال واذا اشترى الرجل عبداً من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اذن البائع فقطع البائع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد المشتري فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لان حق البائع في الحبس لم يسقط بقبض المشتري اياه بغير اذنه والسراية اذا اتصلت بالجناية كانت قتلا من أصله فكان البائع قتله في هذه الحالة في يد المشتري فيصير مستردا له ينفسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشتري واذا مات من غير قطعه فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع إنما صار مستردا لنصفه بقطع اليد فانما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف وبقي النصف الآخر هالكا في ضمان المشتري وهذا بخلاف ما تقدم اذا قطع المشتري يده في يد البائع ثم هلك لا من ذلك القطع ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشتري جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه باتلاف نصفه وهنا لم يجعل البائع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه لان في الوجهين جميعا بقطع اليد يتمكن من قبض ما بقي منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشتري بالتخلية يصير قابضا فبالجناية أيضا يصير قابضا والبائع بالتخلي بالمبيع لا يصير مستردا فكذلك بالجناية لا يصير مستردا لما بقي منه وهذا لأن الملك للمشتري والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقي منه بالتخلي به لكونه مملوكا له فاما البائع فليس بمالك وانما حقه في الحبس باعتبار يده . ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يحبسه فكذلك استرداده لا يظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسراية جنايته واذا اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشتري فيه عيبا ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده في أنه يصير قابضا لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بآفة سماوية . ولو باعه المشتري بعد ما أحدث فيه وقبضه الذى اشتراه منه كان بيعه جائزا وبه تبين انه صار قابضا لجميع العبد بما أحدث وهو اشارة الى ما ذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلق له حق القبض والتصرف * قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جائزا لأن ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة والملك حصل للمشتري بنفس العقد والتزويج من التصرفات التي لا يمتنع صحتها لاجل الغرر. ألا ترى أن تزويج الآبقة والرضيعة يجوز فكان التزويج نظير العتق واعتاق المشتري قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشتري قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لأن التزويج عيب فيها والمشتري اذا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عيب المعقود عليه يصير به قابضا أو يجعل التزويج كالاعتاق أو التدبير فكما يصير المشترى قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهي من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو فى معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشترى لو أقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشترى عينها وهو اتلاف لجزء من عينها فاما إن يصير قابضا لما بقى بالتخلى بها أو لان المشترى لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما أتلف أن يكون قابضا لما بقى منه وبه يفرق بين قبض المشترى واسترداد البائع فالبائع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بتفويت البعض مسترد لما بقى وهذا بخلاف الاعتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضا والتدبير نظير العتق فى استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبرة فان وطئها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشترى ان نقصها الوطء أو لم ينقصها لان الزوج انما وطئها بتسليط المشترى اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشترى ولو كان المشترى هو الذى وطئها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لأنه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك اذا وطئها الزوج بتسليط المشتري وان كان البائع منعها من المشترى بعد وطء المشترى أو تزوج اياها ولم ينقصها الوطء شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشترى من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مستردا لها بحبسه اياها بالثمن ومنع المشترى منها ولم يتلف بالوطء شيئا من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان فى حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ماهو مال فلهذا لا يتقرر على المشترى شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطئها فى ملكه ووطء الانسان فى ملك نفسه لا يلزمه العقر وان كانت بكرا أو كان الوطء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ماينقصها الوطء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشترى فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لو فقأ المشترى عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة فى حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع اذا اشترط فبوطء المشترى ان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كانت بكرا يفوت جزء من المالية وقد بينا أن الوصف الذى هو مال يقابله حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول واذا كان البائع هو الواطىء لم ينظر الى العقر ولكنه ينظر الى النقصان فان كان لم ينقصها شيئا أخذها المشترى بجميع الثمن وان كان نقصها شيئا حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقى من الثمن فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم ينقصها الوطء يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشترى فان نقصها الوطء ينظر الى الأكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشترى حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لانها بالعقر صارت مملوكة للمشترى فوطء البائع حصل فى ملك الغير والوطء فى ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع لانها فى ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لان الوطء فى ملك الغير بمنزلة الجناية فكما ان جناية البائع عليها قبل التسليم تعتبر في اسقاط حصة من الثمن لا في ايجاب الضمان فكذلك وطؤه اياها إلا أنها إذا كانت بكرا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطء ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الاقل فى الاكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلى الاكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البائع وقد جعل ذلك فى حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألا ترى أنه لا يلزمه بالجناية ارش ولا بالوطء عقر يستوفى منه فكما ان وطأه اياها لو حصل فى حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا للعقر أصلا فكذلك اذا حصل فى ضمان ملكه وهذا لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فاذا لم يمكن نقصانا فى ماليتها والثمن بمقابلة المالية لا يمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجناية فانه يمكنه نقصانا فى المالية نقول انه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية فى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض وقبل القبض هى كالمملوكة للبائع في حكم ضمان الوطء ولهذا لا يحتسب بالحيضة التى توجد فى يد البائع من استبراء المشترى وأن المشترى لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها اذا طلقها الزوج فوطء البائع اياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه اياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لا خيار للمشترى أيضا بمنزلة مالو وطئها البائع قبل

القبض ولم ينقصها الوطء ثم علم المشترى بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكر افنقصها الوطء ثبت الخيار للمشترى لفوات جزء من المالية بمنزلة مالو ذهبت البكارة من غير صنع أحد . يوضحه ان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فاتلاف البائع جزأ مما هو ثمرة لا يثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة اذا لم يتمكن نقصان في مالية العين كاتلاف ولد الشاة وثمرة الاشجار فاذا لم يمكن نقصانا فى العين ثبت الخيار للمشترى لأجله كما لو ولدت الجارية فأتلف البائع ولدها وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرا تخريجا هو ألطف من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة والعقر أيقسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم مابقى من الثمن على قيمتها وعلى مابقى من العقر فسقط حصة العقر من الثمن وبيانه إذا اشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم مابقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهى ثمانون وعلى مابقى من العقر وهو عشرون فيقسم أخماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس مابقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما *قال واذا اشترى عبدا بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصة جنايته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثمن الثمن لأن البائع بقطع اليد أتلف نصفه والمشترى مع الأجنبي بقطع الرجل أتلف نصف مابقى ثم مابقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ماتلف بجناية المشترى والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون للكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التألف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جنايته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لأن سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجنايته موجبة سقوط الثمن فلهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصة ماتلف بجنايته وحصة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ماتلف بجناية الاجنبي لأن الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنايتهما وسراية جنايتهما فى الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثلث ثمنه ويرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمنها لان التالف بجناية الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلثا ثمنه فيرجع المشترى عليه بثمن القيمة وثلثي ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيه فضل على حصة من الثمن لان المشترى بجنايته يصير قابضا وجناية الاجنبي اقترنت بجناية المشترى ووجوب القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشترى فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذان قطعا اليد أولا ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخريج يرتفع سهام العبد الى ثمانية وأربعين والفائت بجناية البائع والأجنبي أربعة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانية وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفائت بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشترى اثنى عشر وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر فاما ماتلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشترى وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ماتلف بجنايته فغير مشكل وكذلك حصة ماتلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشترى خمسة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن ويرجع المشترى على الاجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين لأن الجناية على طرف المملوك اذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا فى ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنبي وذلك ثمنا القيمة وثلثا ثمنها يؤخذ من عاقلته فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشترى ذلك فانه يقابل مقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لان مقدر الربع وجب بأصل جناية الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشترى فهذا ربح حصل لا في ضمانه فيتصدق به بالفضل وأما ثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشترى لا يتصدق بشئ منه لان وجوب ذلك على المشترى بسراية جنايته وقد كان ذلك بعد ماصار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع أجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات فى يده من جناية الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

العبد فى ثلاث سنين فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح مالم يضمن واليد قطعت قبل دخول العبد فى ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لأن السراية كانت بعد دخول العبد فى ضمان المشتري بالقبض *قال ولو قطع المشترى وأجنبي يده معا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فالمشتري بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد جناية المشترى فقد انتقض قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك لجنايته قبل قبض المشترى وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشترى ما يكون دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع وامضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة أثمانه وثلث ثمنه وسقط عنه ثمنا الثمن وثلثا ثمنه حصة ماتلف بجناية البائع وبسراية جنايته وقد بينا على التخريج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشر من ثمانية وأربعين وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمنا العبد وثلثا ثمنه ثم يرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وسراية جنايتهما ثمانية فيكون اثنين وثلاثين نصف ذلك على الاجنبي وذلك ستة عشر فلهذا يرجع عليه بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة ولا يتصدق بالفضل ان كان فى ذلك لأن جناية الاجنبي كانت مع قبض المشترى على ما بينا ان المشترى بجنايته يصير قابضا وان اختار المشترى نقض البيع لزمه من الثمن حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمن الثمن ويسقط عنه ماسوى ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لانه ظهر ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البائع حين انفسخ البيع فما تلف بجنايته وسراية جنايته يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لا على ملكه لما بينا أن أصل الجناية لم تكن على ملكه *قال واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف درهم فلم ينقدهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف ثم فقأ المشترى احدى عينيه فمات من ذلك كله فى يد البائعين فالمشترى مختار للبيع بجنايته بعد جناية البائعين لان جنايتهما أوجبت الخيار له ولكن جنايته بعد جنايتهما تكون دليل الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن لان للقاطع الثانى ثمنا الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنايته اتلف النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثانى بجنايته أتلف نصف مابقى

وذلك اثنا عشر ثم المشترى بفقء العين أتلف نصف مابقي وهو ستة وما بقي وهو ستة تلف بثلاث جنايات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ماتلف بجناية القاطع الاول وسراية جنايته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو ونصف مما باع شريكه ففي حصة ماباع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة أثمان الثمن فاذا سقط ثمناه وسدس ثمنه بقى له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فلهذا يغرم المشترى له ذلك والتالف بجناية القاطع الثانى وسراية جنايته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه فيما باع شريكه كالاجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له ثمنا الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيغرم له المشترى ذلك ثم يرجع المشترى على القاطع الاول بثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه شريكه لأنه فى الجناية على ذلك كأجنبي آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثانى ثمن قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه القاطع الاول وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون فى حكم التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشترى بما زاد من ذلك كله على ماغرم من الثمن الافضل سدس ثمن قيمة العبد على ماكان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له لان ماوجب بأصل جناية كل واحد من البائعين انما وجب قبل قبض المشترى فيلزمه التصدق بالفضل فيه وأما ماتلف بسراية جناية كل واحد منهما فانما تلف بعد ماصار المشترى قابضا له فيطيب له الفضل فى ذلك القدر * قال واذا اشترى الرجلان من رجل عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لأن المبيع تلف بفعلهما وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثانى بثمن القيمة ونصف ثمن قيمته ويرجع القاطع الثانى على القاطع الاول بثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك على عاقلة كل واحد منهما فى ثلاث سنين لأن القاطع الاول بجنايته أتلف النصف والقاطع الثانى اتلف نصف مابقى ثم تلف مابقى بسراية جنايتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

فحاصل ما تلف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانيـة واربعين ثمناه ونصف ثمنه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول ثمنا القيمة ونصف ثمنها والتالف بجناية القاطع الثانى وبسراية جنايته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعه وذلك ثمن ونصف ثمن فلهذا يجب على عاقلة القاطع الثانى ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة فان كان البائع فقأ عينه بعـد جنايتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدها منهما ما يكون دليل الرضا فان اختار انقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمنا الثمن وسدس ثمنه وعلى الثانى ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعـة وعشرون وبسراية جنايته سهمان ثلث ما بقى بعـد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيتقرر عليه حصة من الثمن وذلك ثمنا الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثانى اثنا عشر وبسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ما تلف بجناية البائع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وبسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقى عليهما من الثمن ستة أثمان الثمن وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنـه ويرجع القاطع الثانى على الاول بثمنى القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثانى ثلاثة عشر سهما فيلزمـه قيمة ذلك وذلك ثمنا القيمـة وسـدس ثمنها لانه تلف بفعل الثانى مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لأن ما يجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلته فى ثلاث سنين فلا تقع المقاصة فيه مع اختلاف من يجب عليه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى يده الاخرى أو قطع رجله التي فى جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشترى بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لأن اليد من الآدمى

نصفه ثم ينظر الى ماتقص العبد من جناية المشترى عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ماسبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلهذا يجعل التالف بفعله نصف مابقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لايستحق ذلك في السرقة ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين فى الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه أن يمشي بعصا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا أن هذا استهلاك وان النقصان فيه أكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية نقصته أربعة أخماس مابقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجناية المشترى الى مائتي درهم فقد تقرر على المشترى أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشترى فصار حاصل ماعلى المشترى من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البائع وسراية جنايته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشترى ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقض حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف مابقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بجنايته وربع الثمن حصة مابقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقى فيه وقد تلف لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشترى ولو لم يمت العبد وبرأ كان المشترى بالخيار لان حكم قبضه انتقض فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشترى ولم يوجد منه بعد ذلك مايدل على الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بقطعه اليد وربع الثمن حصة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشترى أخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنايتهما فليس على المشترى الا نصف الثمن لأن حكم قبضه انتقض فيما بقى حين منعه البائع فانما تلف مابقى فى ضمان البائع فلهذا لا يجب على المشترى من الثمن الا حصة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض

قال واذا اشتري الرجل جارية بألف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوى ألف درهم ونقصت الولادة الام فالمشترى بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما لانها تعيبت فى ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشترى أخذهما فلم يأخذهما حتى ولدت البنت بنتا تساوى ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشترى أيضاً بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا قبضت وأنه يثبت للمشترى فيها حق القبض كما يثبت فى الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فاذا زادت الوسطى حتى صارت تساوى ألفين فقبضهن جميعا والام قد رجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لأن الوسطى والسفلى كلاهما زيادة فى الام فان الوسطى تبع الام فى العقد ولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما كولدين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لأن الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن مالم يصر مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الام عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلي ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلي فيردها بالعيب بربع الثمن لأن كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشترى صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد المعيب خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق * قال وإذا اشتري أمتين بألف درهم قيمة احداهما خمسمائة وقيمة الأخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم أعورت التى كانت تساوى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ألفافاختار المشترى أخذذلك كله بالثمن فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجدبالعوراءعيباوقيمتها خمسمائة ردها بثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لأن ولد كل واحدة منهما يتبعها فيما يخصها من الثمن والانقسام أولا على قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد ألف درهم وقيمة الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم ينقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك ألف فانقسم نصفان نصفه حصة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يردها بالعيب ولو وجد العيب بالامة الاخرى ردها بمائة واحد عشر درهما وتسع درهم لأن حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العقد وهو خمسمائة وقيمة ولدها وقت القبض وهو ألف درهم فيردها بذلك * قال واذا اشترى شاة فولدت قبل القبض فليس للمشترى أن يترك البيع لان الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان فى الاصل فالمشترى يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما جميعا وليس له أن يأخذ احداهما دون الأخرى لأن الزيادة قبل القبض تبع في العقد لاحصة لها من الثمن وثبوت الحكم فى التبع بثبوته في الاصل ولانه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن اذ لا حصة للولد مالم يصر مقصودا بالقبض وبعد ماردها بجميع الثمن لو بقى العقد فى الولد أخذه بغير شئ فيكون فضلا خاليا عن المقابلة مستحقا بالتبع مقبوضا به وهو الربا بعينه وان وجد بالولد عيبافلا خيار له فيه وهما لا زمان له لان وجود العيب يظهر فوات جزء من الولد ولو مات الولد قبل القبض أخذ الام بجميع الثمن ولا خيار له فيها فكذلك اذا فات جزء من الولد وهذا لان الزيادة لما فاتت من غير صنع أحد صارت كان لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له فى الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا بخلاف ماإذا وجد العيب بالولد بعد ماقبضهما لان الولد بالقبض صار مقصودا فصار له حصة من الثمن فباعتبار العوض بمقابلته يستحق المشترى صفة السلامة فيه فاذا وجد المشترى به عيبا رده فاما قبل القبض فلاحصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض ألا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشترى اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف المبيع انه اذا فات من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن واذا أتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا فى الولد الذى هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشترى وأخذ الام بما بقى ولا خيار له فى ذلك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هى الخلافية التى ذكرناها في الثمار وتنصيصه على الخلاف هنا يكون تنصيصا ثمة اذ لا فرق بينهما قال واذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت ولدا يساوى ألفا ثم ذهب البياض من عينها فصارت تساوي ألفين ثم ان البائع ضرب العين التى كانت فى الأصل صحيحة فابيضت ورجعت قيمتها الى ألف درهم وبياض العين ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لو كانت العين الاولي بيضاء على حالها فانى لست ألتفت الى الزيادة لكى انظر كم كان ينقصها البياض لو كان بياض العين الاولى على حاله فاذا كان ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اما ثبوت الخيار فلانها تغيرت فى ضمان البائع بفعله ثم ذهاب البياض عن العين الاولي زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة فى عقود المعاوضات لما بينا أن المعتبر فى الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولو لم يذهب البياض عن عينها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فابيضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لانها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المتعبر فيه النقصان فلهذا قال ينظر الى ما نقصها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة الاولى سقط عن المشترى أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة مابقى من الام فاذا قبضهما ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذهما به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته وهو خمسه أسداس ما أخذهما به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التى كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد الى الحالة الاولى فالمشترى بالخيار في

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذها بثلثي الثمن وان شاء تركها ولان ذهاب البياض كان زيادة متصلة فقد انفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة أتلفها البائع بان ولدت ولداً آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا وحصة ما أتلف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقي عندهما وعند أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم اذا أتلفها البائع لان تلك الزيادة لا تمكن نقصانا في الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذهما ثم وجد باحداهما عيبا رده بنصف ما أخذهما به لما بينا أن حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول وهو ما اذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لا ن الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا معتبر بها وهنا الزيادة زايلت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها * قال واذا اشترى جارية بألف وقيمتها ألف واحدى عينيها بيضاء فذهب البياض فصارت تساوي الفين ثم ان عبدا لاجنبي ضرب تلك العين فعاد بياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذها المشتري بجميع الثمن ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرد بثلث الثمن لأن العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهاب البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجناية لأن ذلك ليس من حكم العقد في شيء وقيمته وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا ثلثه بازاء العبد يرده بذلك ان وجد به عيبا وثلثاه بازاء الجارية ان وجد العيب بها ردها بذلك وان كان المشترى لم يقبض العبد حتى زاد في يد البائع فصار يساوي ألف درهم ثم قبضهما المشترى فوجد باحداهما عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهي مساوية لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين * قال واذا اشترى جارية تساوي ألفا ففقأ البائع عينها ثم ولدت بعد الفقء ولدا يساوي ألفا أخذهما المشترى بنصف الثمن لأن البائع لما فقأ عينها فقد سقط عن المشترى نصف الثمن لأن العين من الآدمي نصفه ثم لما ولدت انقسم ما بقي من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقء بعد الولادة أخذهما ان شاء بثلاثة أرباع الثمن لانها حين ولدت وهي صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت القبض وقد بقي فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقأ البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما إذا كان الفقء قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقأ البائع عينها فلهذا يسقط نصف الثمن * قال ولا يشبه الرهن في هذا البيع يعني في الرهن في هذه الصورة لافرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين في الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفي البيع لا يعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بفقء البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما أتلفه البائع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وأما في الرهن فسقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفاء يقرر الدين ولا يسقطه فاذا حدثت الزيادة فقد حدثت في حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلهذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتجعل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فماتت قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لا يعود العقد في حصة الجلد . ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ما ذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ما هو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشترى بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالقائم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ما هو المقصود بالعقد لأن المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلهذا يجعل كأن العقد في الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف ما يخص الأم وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفترقان من وجه آخر وهو أن في البيع اذا ذهبت العين من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن وفي الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لأن ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونة بالقبض واذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كاوصاف المغصوبة وفي البيع الضمان بالعقد فاذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لا يسقط شيء من الثمن بفواتها * قال واذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفا وهي بيضاء احدى العينين ففقأ البائع العين الباقية فصارت تساوي مائة درهم أخذها المشترى بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاك لها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فاذا لم يأخذها حتى ذهب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بياض عينها الاولى فصارت تساوي ألفا فالمشترى على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم
وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها فى حكم
البيع فان ضرب عبد هـذه العين التى برئت فعاد بياضها فولى العبد بالخيار ان شاء دفعه
بالجناية وان شاء فداه بأرش الجناية وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة درهم أخذها
المشترى بمائتى درهم لما بينا أن العقد انفسخ فى أربعة أخماسها بفقء البائع عينها وكما لا يعود
شىء من ذلك بولد تلده فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لأنه قائم مقام الزيادة المتصلة
وقد صارت منفصلة فهو كولد ولدته فلهذا يأخذهما المشترى بمائتى درهم ان شاء فان قبضهما
فوجد بالجارية عيباً ردها بسبعى الثمن الذى نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عيبا رده
بخمسة أسباعه لأن مابقى من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة مابقي منها وذلك
مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فاذا جعلت كل مائة سهما كانت
القسمة أسباعا خمسة أسباعه حصة العبد فيرده به وسبعاه حصة الجارية فيردها بذلك
وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة مابقى منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لأن العقد قد
انفسخ فى أربعة أخماسها وانما يعتبر فى الانقسام قيمة مابقى حكم العقد فيه لا قيمة ما انفسخ
العقد فيه ولو كان البائع لم يفقأ عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم
ان عبداً ضرب العين التى برئت فعاد بياضها ثم ان البائع فقأ العين الباقية فصارت تساوى
مائتى درهم فولي العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بألف درهم لأن الفداء يكون
بارش الجناية وارش الجناية هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجناية ألفى درهم فات
بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى ألف درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة أخذها
المشتري ان شاء بخمسى الثمن وثلث خمس الثمن ويبطل عنه بفقء البائع عين الجارية خمسا
الثمن وثلثا خمس الثمن لأن العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولدته
يساوى خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة
العبد وقت القبض أثلاثا ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بفقء البائع عينها سقط
أربعة أخماس مافيها وبقى الخمس فاذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في
خمسة فتكون خمسة عشر حصة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هـذه العشرة
وثمانية من خمسة عشر خمساه وثلثا خمسه لان كل خمس ثلاثة فخمساه ستة وثلثا خمسه سهمان

فيسقط ذلك عن المشترى ويأخذها بما بقى وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمساه وثلث خمسه والله أعلم

باب قبض المشترى باذن البائع أو بغير اذنه

قال واذا اشتري الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعى وقال فى قول على البائع تسليم المبيع أولا لأن ملك المشترى ثبت بالعقد فى العين وملك البائع دينا فى ذمة المشترى والملك فى العين أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفى قول آخر يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لأن قبضه لمعاوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما فى بيع المقابضة ولكنا نقول قضية المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشترى فى المبيع فعلى البائع أن يعين حق البائع فى الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فلهذا كان أول التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله ان ملك المشترى أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولا لهذا المعنى وهو أنه لما تقوى ملكه فى المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع فى ملك الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لأن سقوط حق البائع فى الحبس متعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع في الحبس الا أن يكون الثمن مؤجلا فحينئذ ليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الاجل ولا بعده لأن قبل حلول الأجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بما له أن يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الأجل فلان حق الحبس لم يثبت له بأصل العقد فلا يثبت بعد ذلك تبعا بهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك بعد العقد لا يثبت ابتداء بحلول الاجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله فى نوادره أنه اذا أجله فى الثمن شهرا ثم لم يسلم البائع المبيع الى المشتري حتى مضى شهر فعلى قول أبى حنيفة ان كان الأجل شهرا بعينه فيمضيه يحل الثمن وان كان شهرا بغير عينه فعلى البائع أن يسلم المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضى شهر بعد التسليم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يطالب بالثمن فى الوجهين جميعاً لان مطلق الشهر فى الأجل ينصرف الى الشهر

الذى يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والأعيان هـذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليـه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فا قصود أن يتصرف المشترى فى المبيع فى الشهر ويؤدى الثمن عند مضيه ويستفضل لنفسه ولا يحصل هـذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلهذا قال فى الشهر المطلق يكون ابتداؤه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشترى الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصاً أو استحقت من يده فللبائع ان يمنع المشترى من قبض العبد حتى يعطيـه الثمن مثل شرطه لأن الرد بهـذه الأسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحدا لأن القبض قد انتقض فى ذلك المردود فكأنه لم يقبض ذلك القدر وان كان المشترى قبض العبد من البائع باذنه ثم ان البائع وجد الثمن أو بعضه على ما وصفنا فان كان الذى وجد ستوقا أو رصاصا كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع اليـه المشترى مكان الذى وجد من ذلك جيادا على ما شرطه لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم لم يجز وانما لم يسلم البائع المبيع اليه على أن المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمنا لم يكن هو راضيا بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولـكن البائع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وان كان وجد الثمن أو بعضه زيوفا أو نبهرجة استبدلها من المشترى لأن المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد ومطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيافة عيب فى الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوف بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيحبسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبى يوسف لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه فى الجياد والمقبوض زيوف والثمن دين فى الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والستوق سواء . يوضحه ان الرد بالعيب الزيافة ينقض القبض من الاصـل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا تمكن من الرجوع بموجب العقد مالم ينتقض القبض من الأصل واذا انتقض عاد حقه في المجلس كما كان قبل استيفاء الثمن . وجه قولنا أنه سلم المبيع قبل قبض الثمن فصح

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط حقه في الحبس والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور عوده لهذا قلنا لو أعار المبيع من المشتري أو أودعه منه سقط حقه في الحبس وكذلك لو أجله في الثمن سقط حقه في الحبس ثم لا يعود بحلول الاجل وبيان لوصف أن الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا فكان البائع بقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من الاصل كما قال ولكن في الحكم الذي يحتمل النقض بعد الثبوت دون مالا يحتمل ذلك ألا ترى أن المولى اذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فاستوفي حقه ثم وجد المقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم البر في اليمين فقد بينا ان حق البائع في الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبني عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحيحا مطلقا وان لم يرجع البائع من المشترى العبد ولم يجد في الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشترى العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره ثم وجد البائع في الثمن بعض ما ذكرنا فجميع ماصنع المشترى في العبد جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على العبد لان المشترى تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف فيه بتسليط البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشترى قبض العبد بغير اذنه ثم صنع فيه بعض ما ذكرنا ثم وجد البائع بعض الثمن على ما ذكرنا كان له أن ينقض جميع ما صنع المشترى فيه ويسترده حتى يوفيه المشترى الثمن لان تصرف المشترى حصل لا بتسليط من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع في الحبس ولما ظهر ان الثمن كان على ماوصفنا فقد ظهر أن حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه ولا أسقطه باختياره بتسليم المبيع الى المشترى فكان له أن ينقض جميع ماتصرف فيه المشترى اذا كان محتملا للنقض بان كان البائع لما علم بقبض المشترى العبد سلم ذلك ورضى به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لأنه أجاز قبضه في الانتهاء وتأثير اجازته

في اسقاط حقه كتأثير اذنه في الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصا أو استحقت من يده فاعلم أن الجواب في الرهن في جميع ما ذكرنا كالجواب في البيع لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن الا في خصلة واحدة وهي ما اذا وجد المرتهن المقبوض زيوفاً فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر يستدل في الخلافية به والفرق أن تسليم المرتهن العين الى الراهن ليس بمسقط حقه في الحبس وان كان صحيحا في نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية أو الوديعة كان له أن يسترده ،كذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال وصول حقه اليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه في الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بعقد الرهن بدل الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل في الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما في البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله في الثمن لم يبق حقه في الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن مالم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه في الحبس اذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض، قال واذا شترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا بقبضه فقبضه الوكيل بغير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون في يده حتى يعطيه المشترى الثمن لان بالبيع المبيع صار مملوكا للمشترى ولكنه محبوس في يد البائع مالم يصل اليه الثمن فقبض الوكيل في حق البائع جناية بمنزلة الغصب ولو غصبه منه غاصب فهلك في يده كان للبائع أن يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامنا حقا للمرتهن وهذا بخلاف مالو كان المشترى قبضه بنفسه فهلك عنده فانه لا يكون ضامنا للقيمة لان قبض المشترى يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه ضمان القيمة اذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقيا اذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين

فاذا أعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل فى حق المشترى كان أمينا ممتثلا لامره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل كما لو أوفى المشترى الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولو نويت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشترى لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انفسخ البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشترى فى القيمة لانه فى القبض كان عاملا له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشترى أعتق المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك فى يده لم يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذى قبض العبد باذن المشترى ثم أعتقه المشترى فهذا وموت العبد فى يد الوكيل سواء فى حق البائع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت فى يده وهذا لان أمر المشترى الوكيل بالقبض غير معتبر فى حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع فى الحبس فكذلك لا يملك أن يأمر غيره به قال ولو أن المشترى أمر رجلا بعتق العبد وهو فى يد البائع فاعتقه المأمور ففى قول أبى يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء فى جميع ما ذكرنا من التفريع لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى ان المشترى لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل فى هذا الفصل ولكن يرجع البائع على المشترى بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبى حنيفة ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق معبر عن المشترى فيكون ذلك كاعتاق المشترى بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جعله مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته الى المشترى ألا ترى أنه لو اعتقه بغير اذن المشترى كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتق له ضمان واذا نقلنا عبارته الى المشترى كان هذا مقررا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جعل مقصورا عليه ألا ترى انه لو قبضه بغير اذن المشترى كان موجبا عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه فى حق البائع واذا اقتصر حكم القبض على القابض فى حق البائع كان هو ضامنا للقيمة ولو

اعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو معسر فليس البائع أن يستسعي العبد في شيء رجع أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول في نوادر هشام وجعله قياس المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن بعقد الرهن يتسبب للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاق الراهن اياه فكان له أن يستسعي العبد اذا تعذر عليه الوصول الى حقه لعسرة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد فازال ملك العين بالبيع وبقي له اليد الى أن يصل اليه الثمن وباعتاق المشتري العبد فات محله ومجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك . يوضحه ان حق البائع في الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعارة المبيع من المشتري بخلاف حق المرتهن ثم يعود تصرف المشتري بتسليط البائع اياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن في المرهون فان لم يعتقه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فان لم يكن البائع سلم المبيع اليه فله ان يحبسه الى أن يستوفي الثمن وان كان سلم المبيع اليه فله أن يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعي اذا أفلس المشتري بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع ان كان سلمه بفسخ العقد ويعيده الى ملكه ويؤيده حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يقتضي التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالاباق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك اذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشتري وكما أن المالية في الآبق كالتاوي حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة التاوي حكما لاستبداد طريق لوصول اليه ولا فرق بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض في العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض في الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فاذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوي ان الثمن معقود به والمسلم فيه معقود عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما ثبت بتعذر قبض المعقود عليه ألا ترى ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشتري بفلوس شيئا
فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رائجة فاذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما
ينقص العقد بهلاك اذا تعذر قبضه ثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع • وحجتنا فى ذلك قوله
تعالى وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة والمشترى حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة
شرعا ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضى الاجل فاذا صار منظرا بانظار الله
تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذى استدلوا به فقد ذكر الخصاص
باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو فى ماله بين
غرمائه أو قال فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشترى كان قد قبضه بغير
اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه تقول ان فى هذا الموضع للبائع حق الاسترداد والمعنى
فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشترى مليا وبيان
ذلك ان موجب العقد ملك اليمين فان اليمين يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد دينا فى
الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح
لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فثابت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد ألا ترى انه يجوز
اسقاطه بالابراء وبالاستبدال وقبض البدل اذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال
وقبض البدل إذا صار مستحقا بالبيع لايجوز اسقاطه بالاستبدال كما فى البيع عينا كان أو دينا
فعرفنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فبتعذره لا يتغير شرط
العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد
فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطا لجواز العقد كما فى
جانب المبيع فانه اذا كان عينا لايجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان دينا
كالتسليم لايجوز العقد الاعلى وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقد وهو الاجل ولما جاز
الشراء بالدراهم حالا وان لم يكن فى ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد
وبهذا الحرف يستدل فى المسئلة ابتداء فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرأ بالافلاس لا
يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والمفلس اذا اشترى شيئا والبائع يعلم
انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لأن لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلاف جانب
المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لاباق العبد لايجوز فان رضى به المشترى فكذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اذا طرأ العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشتري فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدي الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لأن ذلك موجب العقد على ماقررنا ان العقد عقد تمليك فيقتضي التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك في العين أكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولا ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لاقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع المبيع طوعا فهو كما لو انعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبقى له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشتري وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فوجب العقد ملك فلوس هي ثمن وبعد الكساد لايبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكا للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب يتغير موجب العقد فوجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم تصح الكفالة وللمكاتب أن يعجز نفسه فاذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ماهو موجب العقد عليه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشتري لايتغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري ولسنا نسلم أن الدين في ذمة المفلس ثاو فان المديون اذا كان مقرا بالدين فهو قائم حقيقة وحكما مفلسا كان أو مليا ولهذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب الدين الزكاة بمعنى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لايتمكن من فسخ العقد والله أعلم

تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر

وأوله كتاب الصرف

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

﴿ فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب المبسوط ﴾

للامام السرخسي الحنفي رحمه الله

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣-٨٦٨٠٥١-٦٠٢١٣٣

فاكس: ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣-٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الرابع عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصرف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة*نوع منها فى العقد ثمن على كل حال وهوالدراهم والدنانير صحبهاحرف الباء أو لم يصحبها سواء كان مايقابلها من جنسها أو من غير جنسها*ونوع منها ماهو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات لامثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك*ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة فى العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلهاثمن فهى مبيعة وهذا لأن الثمن ما يثبت دينا فى الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراءفي معناه الثمن عند العرب ماثبت دينا في الذمة والنقود لاتستحق بالعقد الا دينا فى الذمة ولهذا قلنا انها لاتتعين بالتعين وكان ثمنها على كل حال والعروض لاتستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم فى بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا أخرى فيكون ثمنا في حال مبيعا فى حال والثمن فى العرف ماهو المعقود به وهو مايصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان دينا فى الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعاً لانه يجوز أن يكون مبيعا بحال بخلاف ماهو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده فى ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك فى المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضى الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أبيع الابل بالبقيع فربما أبيعه بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم أوعلى عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل واذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض
ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لان في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق
بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك
العين والثمن دين في الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد
والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البدلين في المجلس وانه
لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي رويناه فانه قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل أي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل
الافتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف
مافي ملك كل واحد منهما الى ملك صاحبه لان البدل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد
لا أن يكون مملوكاً لكل واحد منهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى
صرفا لما فيه من صرف مافي يد كل واحد منهما الى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم
مطلقا لان ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمى به لاستحقاق قبض البدلين في
المجلس ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين
بالدين حرام في الشرع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعيين
وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقرونا بالعقد لأن حالة المجلس
تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير واذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود
عند العقد وليس أحد البدلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى
ولسنا نعني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا
فرسخا ثم تقابضا قبل أن يتفرقا أي يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس
أو أغمى عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبي يوسف ولهذا لا يجوز شرط
الخيار في هذا العقد لان الخيار يعدم الملك فيكون أكثر تأثيرا من عدم القبض قبل الافتراق
وبشرط الخيار يمتنع استحقاق مابه يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك شرط
الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقد وقد دل
ماقلنا على الاخبار التي بدئ الكتاب بها فمنها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا الى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبينا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء خسروانى قد احكمت صنعته فبعثني به لا بيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لا قيمة للصنعة فى هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعازف والملاهى شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع اناء من حديد باناءين فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالادرع يعنى ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وانما قصد عمر رضى الله عنه ببيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضى الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبى جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله فى جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتى اذا تبين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذى يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خيبر هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير فى كونه ربا سواء الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق فى الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعنى من يدك الى

يده وإن استنظرك الى خلف هـذه السارية فلا تفعل وانما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح فى هـذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد افتراق عرفا وعن محمد بن سيرين انه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد فى حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر فقساد العقد فيها يفسد فى الكل دفعا للضرر أما بيعها بالفضة فعلى اربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد فى الوزن لان الجفن والحمائل فضل خال عن العوض فان مقابلة الفضة بالفضة فى البيع تكون بالاجزاء وان كان يعلم أن الفضة فى الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقى بازاء الجفن والحمائل عندنا خلافا للشافعى وان كان لا يدرى أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فان الأصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا بيد وسألت ابن عباس رضى الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت فى حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضى الله عنه فأمرنى رجل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يأمرنى أن أسئلك عن الصرف فقال لى الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شئ سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضى الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم اتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر رديء وأخذت هـذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت فقال ان سعر هذا فى السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت ثم قال صلوات الله عليه هـل لا بعته بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا فقال أبو سعيد رضى الله عنه الفضل فى التمر ربا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضى الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفى هذا دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضى الله عنهما عن فتواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضى الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فعلم ان حرمة التفاضل مجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل أنهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها مافى معناها فان أبا سعيد رضى الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شئ يكون نصافيما هو فى معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطالب المفتي بالدليل اذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضى الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضى الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابى ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فامر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ماهو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب الى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما الى شريح رضى الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدرى مقدار الذهب الذى في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فحينئذ لا يعتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله ابن أبي سلمة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرا بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اربيتما فردا وفيه دليل ان الامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين اذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره فى ذلك وان التفاضل حرام فى بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا ولم يعاتبهما على ماصنعا لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتانى الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشتريها غلة فجعلت أطلب الرجل الذى صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالى وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لأنه كان مقصود الاسود ان يشترى بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشترى بها دنانير ثم أمره بأن يشترى بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومسامحته في المعاملة وبين له الأسود أنه كغيره فيما هو مقصودى فلا يتكلف فى طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعت جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق الى أهلها وخذ اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل ووجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضي الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤدبه وكان قصده بالسؤال فى الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ماهو دون ذلك وعن أبى رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوغه فأبيعه قال وزنا بوزن فقلت انى أبيعه وزنا بوزن ولكن آخذ فيه أجر عمل فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكاتب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه فى الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطي والكاتب والشاهد فيه سواء أي في المأثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت اني سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فمشي اليه أبو سعيد رضي الله عنه وأنا معه فقال له أسمعت من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فحدثه أبو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتي به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل اليد لان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقننا بالمماثلة وزنا والمماثلة اذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خرجة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخبرة الأسدي فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقاية مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق فى مقالته ومن هذا يقال عالم الا كوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضى الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معى لا تنفق فى حاجتى فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتى واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشتر بالدنانير دراهم تنفق فى حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكريت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أتقاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولى له انطلق معه الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذ والا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أيصلح هذا قال نعم لا بأس بهذا انك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الاخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جواز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضي به صاحب الحق ولكن لما أشكل علي صاحب الحق سأله بقوله أيصلح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أى جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاشياء الستة وقال فى آخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضي الله عنه ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لاحدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضى الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلهذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته فى روايته ومعاوية رضى الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره فى آخر الحديث وان اشتريتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضي الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لاحدثن به لانى أتيقن بسماعه من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه بقول معاوية رضى الله عنه بل أحدث به وان رغم أنف معاوية وعن أبى الاشعث الصنعانى قال خطبنا عبادة بن الصامت رضى الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم بيوعا لا يدرى ما هى ألا وان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ألا وان الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وان الحنطة بالحنطة مدين بمدين ألا وان الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر فى التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد أربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فانه قال انكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجرى فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لان قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزيد آخذ والزائد معطى وقد سوى بينهما فى الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فانى أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وان استنظرك الى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله لا يباع غائب بناجز أى نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما يثبت بالتفاوت فى البدلين فى القدر يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وان القبض قبل الافتراق لا بد منه فى عقد الصرف وكنى عنه بقوله فان استنظرك الى أن يدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع السيف المحلى بالدراهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن الدراهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية فى المجلس وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن ابراهيم قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع فى الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة فى الصرف كالبيع يعنى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما فى عقد الصرف وهو معنى قول علمائنا رحمهم الله ان الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما ووجوب التقابض فى المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

سمعت عمر رضى الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فان ذلك ربا العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يبتاع سحق هذا الدرهم فليبتع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا العجلان أى ربا النقد وهو اشارة الى ان الربا نوعان فى النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التى لا تنفق فى حاجة يقال ثوب سحق أى خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزيوف ولكن بعد بيان عينها لينتفى الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن ابراهيم انه لم يكن يرى بأساً باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضا أو كان بسعر يومه وبه نأخذ فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوى أن الاستبدال قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك الى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا يجوز الاستبدال به قبل القبض و بمنزلة دين لا يقبل الأجل كبدل الصرف وهو وهم منه فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية ومايسترد فى حكم عين المقبوض على ما نبينه فى بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يشترى الرجل الثوب بدينار الادرهم وبه نأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولا أيضا والبيع بثمن مجهول لا يجوز واذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا بوزن جيدها ورديئها ومصوغها وتبرها وابيضها واسودها فى ذلك سواء للأحاديث التى رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيده ورديئه وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه فى ذلك سواء لانه لا قيمة للجودة والصنعة فيما عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا يجوز فيه شئ من الأجل لما بينا أن التقابض واجب فى مجلس العقد وترك أحد البدلين في المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافى مقتضي العقد مبطل له واذا اشتري فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز لان الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من السوداء بازاء البيضاء مثل وزنها والباقى بازاء مازاد ترجيحا لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل فى البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفا محلى بدراهم أكثر منها وزنا يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعى واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها باثنى عشر دينارا ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا اذا كان يعلم أيهما أكثر وزنا أو يعلم أن وزن الذهب الذى فى القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفى هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد واذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شئ فلا يجرى الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى دارا مموهة بالذهب بثمن مؤجل فانه يجوز وان كان بسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لانه لا يتخلص منه شئ فلا يعتبر ذلك فى حكم الربا ولا فى وجوب التقابض فى المجلس واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهنا بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لان عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجعل استيفاؤه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا فى السلم الاختلاف فى الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك ببدل فى الصرف واذا كان حلى ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه الا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر اذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضا وقد بينا نظيره فى السيف المحلى فان باعه بدينار نسيئة لم يجز فان فى حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه الا بضرر فاذا فسد العقد فى بعضه فسد فى كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة فى الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلا بمثل عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الاول ليس بمراد فالأحكام لا تبنى على مالا طريق لنا الى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وماهو شرط جواز العقد اذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فان وزنا بعد العقد وكانا متساويين فان كانا بعد فى مجلس العقد فجواز العقد استحسانا لان مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى ان انعدام الدينية فى البدلين شرط جواز العقد ثم اذا

انعدم ذلك بالتقابض فى المجس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة وان وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر ان كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهى المماثلة كان موجودا عند العقد فانه لا تأثير للوزن فى احداث المماثلة وانما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بحضر من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكنا نقول قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير الوزن الذى هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفضل موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمتحقق وتأثير الفضل فى افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم بأكثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقابض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد فى حصة الحلية بترك التقابض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا فى حصة الجفن والحمائل كما لا يجوز ابتداء البيع فى الجفن والحمايل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية فى المجلس جاز لأن قبض حصة الحلية فى المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فيصرف المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض فى المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكأنه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض الى آخر المجلس لا يضير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يرده وكان شريكا فى الدينار بحصته لأنه تبين أنه كان قبض فى المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى فى هذا اللفظ فقال قوله كان شريكا فى الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك فى مثل ذلك الدينار بالعشر لان النقود عندنا لا تتعين فى العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقابض لو

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته الا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في القبض بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد *قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم يكن موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه واضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه لا يجوز وأما النقود فستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد صحيحا قال وليس هذا مثل بيع الرجل ماليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى ما بينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ماليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك في السلع دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمنا سواء وهذا اذا كان التبر يروج بين الناس رواج النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى اناء مصوغا أو قلب فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا في المجلس بخلاف الدراهم والدنانير فانها اذا استحقت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدراهم والدنانير ينعـدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرفنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على مانبينه وهـذا اذا لم يجز المستحق العقد اما اذا أجازه جاز العقد لان الاجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لا أجيز العقد فله أن يجيزه وان لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لانه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الازالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا وتتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئا بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأبى ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحقت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلم وهذا بدل في عقد معاوضة فيتعين بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلا لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفا محله والدليل عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المغصوبة ورد مثلها لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه اذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشترى بعد موته ولا يملك المشترى ابطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه مالا يرغب في غيره وأما منفعة المشترى فمن حيث انه لا يطالب بشيء آخر اذا هلكت تلك العين في يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهـذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشترى بها شيئا فهلكت بطلت الوكالة وتتعين في النذر أيضا والدليل على أنها تتعين في البيع أن الغاصب اذا اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعاما ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصدق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصدق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكرخي يقول

النقود تتعين في العقود جوازا لا استحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصدق بالدراهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا فى ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها اصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما فى السلم ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر فى الملك المطلق للتصرف كما في السلم فان منع الشافعى هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضى الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبقيع فربما نبيعها بالدراهم ونأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدراهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعيين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى فى العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل العقد اذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فكذلك الشرط فى العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر الدراهم لا بعينها وليس فى غير الدراهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هى والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف فى هذا المعنى فعرفنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهى تتفاوت فى الربح فكان تعيينها مفيدا فى الجملة اما ماذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكمل من العين لان بدون التعيين لا ينتقد العقص وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه واذا ثبت دينا فى الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر فى النقد يبطل به العقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق فى عقود المعاوضات الا ثمنا والثمن ما يكون فى الذمة كما قاله الفراء فاذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك ينافى موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثانى وهو أن حكم العقد فى الثمن وجوبه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلم فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشترى فيما كان مملوكا للبائع
ولهذا يشترط للعقد على السلع قيامها فى ملك البائع الا فى موضع الرخصة وهو السلم فلا
يشترط ذلك فى السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في
موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افترقا بعد تعيين رأس
المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجبر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه
فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك
فى باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله
جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في
الثمن ابطالاً لحكمه وجعلا لما هو الحكم شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطلا للعقد
وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف
في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين
فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا
كان دينا فى الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم فى
ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها ماقبل الشراء اذا هلكت
فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة فى نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن فى ذمته عند
الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب الوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفى
مسئلة الشراء بالدراهم المغصوب لا تتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان
على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان فى العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن فيه الخبث فلهذا
لا يحل له تناوله وفى مسئلة الجامع لم تتعين الدراهم أيضا بدليل انه لا يلزمه التصدق بها ولكنه
لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لا تتعين فى عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كانه
قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر فى بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك
وملك الكر بنفس العقد والشروط فى الأثمان تعتبر بحسب الامكان * قال واذا اشترى الرجل
ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك
لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة
حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض الدراهم فأراد أن يعطيه ضربا آخر من الدنانير سوى ماعينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضي به كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحدا وقد بينا ان ماعينه لم يتعين وانما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضربا هو دون المسمى فان اعطاه ضربا هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشترى الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا فى السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما نقدا لناس فى ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هى المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية لان الدراهم والدنانير فى البلدان تختلف وتتفاوت فى العيار والظاهر أن فى كل بلدة انما يتصرف الإنسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد إلا أن يسمى ضربا من ذلك معلوما والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفيا ونحوه ومن الدراهم عطريفا أو مؤيديا ونحوه اذا كانت النقود فى الرواج سواء لانه لا يمكن ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالمطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب بادنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد العقد إذا لم يسميا ضربا معلوما وان كان نقدا من ذلك معروفا وشرطا فى العقد نقدا آخر فالعقد ينعقد على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط اعتباره اذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لى كذا لشيء أفضل من النقد المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما فى مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الرديء حتى اذا حضرا كان أحدهما غير الاخر واختلاف المتبايعين فى الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذى يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها ه قال واذا ابتاع الرجل سيفا محلى بفضة بعشرة دنانير

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشترى السيف من آخر وقبضه المشترى الآخر ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فانه يرد السيف الى المشترى الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض و ذا بطل العقد الثانى رجع السيف الى المشترى الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد شراؤه بالافتراق أيضا فلزمه رد المقبوض الى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نقده الآخر جاز بيع الاوسط في السيف لانه باعه بعدم تمام ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثانى بالتقابض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقى ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاؤه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الأوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع اليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخاصمهم فانه يدفع الى الأول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع فى نصفه فيضمن الأوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدى الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم * قال واذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التى لى عليك فهو جائز وان أبى لم يجبر على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا اذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البدلين فى المجلس مستحقا وفى المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الابراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان فى المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببدل الصرف الدين الذى كان واجبا وبدل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو أضافا العقد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اليه في الابتداء جاز بأن يشترى بالعشرة التى عليه دينارا ويقبض الدينار فى المجلس فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء لأنهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا ومالا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصود الكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان فى سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضى لان هـذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قدتم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضى العقد القائم بينهما حقهما ويملكان استدامته ورفعه فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما تقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كانهما فسخا العقد الاول ثم جدداه مضافا الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بالاقالة يصير رد المقبوض مستحقا فى المجلس والدليل عليه أنهما لو جعلا بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر فى ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول أنهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصلح منهما اضافة العقد اليه فى الابتداء وذلك فى الدين الذى سبق وجوبه على عقـد الصرف دون ما تأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات الى ان المقاصة أيضا تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبى سليمان مثل ما ذكر فى الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك اذا حولا العقد اليـه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهـذا لأن ما يقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دينا بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدى البقية انتقض من الصرف بقدر ما بقى اعتبارا للبعض بالكل والفساد لمعنى طارئ فى بعض العقد لا يتعدى الى ما بقى ولو وكل احـدهما وكيلا بالدفع والقبض جاز بعـد أن يقبض الوكيل قبـل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشترى من صاحبه شيئا بثمن الصرف قبل أن يقبضه لما فى الاسـتبدال من تفويت القبض المستحق بالعقد فى المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصـل ذلك فيما يتناوله عقـد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشترى به من غيره شيئا لان التصرف فى الدين مع من عليه أقرب الى النقود منه مع غيره فاذا لم يجز الاستبدال ببدل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز ٭ واذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض الابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف الابريق ويبطل نصفه اعتباراً للبعض بالكل ولا يتخير فى الرد بسبب عيب التبعيض لانه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البدل بخلاف ما اذا استحق نصف الابريق فانه يتخير فيما بقى منه لان التبعيض فى الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيما غير نافذ فله أن يرده بالعيب لانه بمطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة الابريق فى جميع ماذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفى الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضا لان نقصان العيب من الثمن فاذا رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة الابريق أقل من وزنه من الفضة الا أن يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقى على البائع حتى انكسر الابريق لزمه النصف الباقى بالعيب الحادث عنده فيه ورجع بنصف الثمن لأن العقد فى النصف المستحق قد بطل . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببدل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه فى معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان القرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدلين وانما الباقى لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقى من العشرة فاراد الذى اشتري منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله ذلك لان العقد فسد فى عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى وقد بيناها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقى ملكا له فى يد صاحبه أو دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبدل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم مستحق له بعقد الصرف والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز . واذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه ان يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما فى ذمة زيد لا يكون ما لا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدرى متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين فى العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه ألا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن فى ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين فى ذمة المشترى وهذا لانه اذا أضاف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكنا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقان أحدهما أنه باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدرى متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثانى انه شرط أن يكون ثمن المشترى فى ذمة غير المشترى مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق مااذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدنانير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف اذا أخذها المستحق لانتقاض القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولاحدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار ولكنا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فالقبض الذى ينبنى عليه يكون تاماأيضاوانما فيه خيار حكمى للمستحق وذلك لايمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فاذا أسقط هذا الخيار بالاجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فانه يجعل العقد فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط على مابينه فى بابه ان شاء الله وان كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لان المودع هنا بائع الابريق فانه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفى الاول المودع مشترى الدنانير لنفسه بالدراهم ثم نقد دراهم الوديعة دينا عليه فكان مستقرضا فاذا أجازه صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى رجل عشرة دراهم ودينارا باثنى عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا أو درهما بدينارين أودرهمين فهو جائز عندنا استحسانا على أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

باب الخيار فى الصرف

قال واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وان تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لانهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لان قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم أيضا ومعنى الغرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فاذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فانما افترقا بعد قبض تام واذا افترقا قبل اسقاط الخيار فانما افترقا قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسداذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن خلافا لزفر وقد بيناه فى البيوع وكذلك ان كان الخيار للبائع أو لهما طالت المدة أو قصرت وكذلك الاناء المصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لايتخلص الا بكسر الطوق لان العقد فى حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد فى الكل لانه لا ينفصل البعض عن البعض فى التسليم الا بضرر فاما اللجام المموه وما أشبهه فان شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التوبه لا يتخلص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشترط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تمييز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط الأجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افترقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المفسد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشتراهما بحنطة أو عرض واشترط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الأثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افترقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ماذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هـذا العقد أصـلا لان من أصـل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين في العقد إذا عينت واذا كانت بغير عينها فان لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه بيع ماليس عنـد الانسان وان صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لانها ثمن وان كان بمقابلتها النقـد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة اذا قابلها الا يكون الا ثمنا اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمنا للاشياء فانما يتعلق العقد بالقـدر المسمى منها فى الذمة ويكون ثمنا عين أو لم يعين كما فى الدراهم والدنانير وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر فى الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكانهما تفرقا قبل التقابض واذا كان الخيار مشروطا لاحـدهما فتفرقا بعـد التقابض فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار فى البدل الذي من جانبه وقبض أحد البدلين هنا يكفى بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه اما عنـد أبى حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليـه البدل الذى من جانبه لا يملك البدل الذى من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة أوخاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا وسا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفرق أو لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افترقا عن عين بدين لأن الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ماسبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فلهذا شرط هناك قبض أحد البدلين فى المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحما أو غير ذلك بعـد أن يكون المبيع بعينه لان الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلسا بدرهم أو درهما بكذا فلسا لان الفـلوس الرائجة ثمن كالنقد عنـدنا صحبها حرف الباء أولم يصحبها وقيام الملك فى الثمن عند العقد ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غـيرها مما يجوز بين الناس وان أعطاها بعينها فوجد فيها فلسا لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيف فى الدراهم لانه مادام ثمنا فانما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتعيين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسـين بأعيانهما وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا وبيع قمقمة بعينها بقمقمتين بأعيانهما يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين النافقة لانها لو كسدت قبل أن يقبض منها شيأ بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا للبعض بالكل وعلى قول زفر إذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكنا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمنا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية ففي حصة مالم يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد العقد فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري مابقي من الفلوس ولا خيار له في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا المعنى * قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفضل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدانق فلوس أو بقيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أفحش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز مالم يبين عـدد الفـلوس لان العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان الناس قد يستقصـون فى بيع الفـلوس وقد يتسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عـددى فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيـه بنى ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدراهم وأبو يوسـف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم فى السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذلك العدد فى الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفـلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفى الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هـذا اللفظ . يوضح الفرق أن الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقمنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسـه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلهـذا قال هو فى الدرهم أخش ﴿ رجل ﴾ أعطى لرجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد ✽قال فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل فى الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحـد البدلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة ففى قياس قول أبى حنيفة يفسد البيع كله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصـة الصرف لان العقد فى الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند أبى حنيفة اذا فسد العقد فى البعض لمعنى الربا فسد فى الكل وقد بيناه فى البيوع ✽قال رضي الله عنه الأصح عندى ان العقد يجوز فى حصة الفلوس عندهم جميعاً على ما وضع عليه المسئلة فى الأصل فانه قال وأعطنى بنصفه الباقى درهما واذا تـكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد فى أحدهما شرطا للقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم فى المختصر وفى النصف الباقى درهم صغير فحينئذ يكون العقد واحداً لانه لم يتكرر مابه ينعقد العقد وهو قوله أعطنى ولو قال أعطنى كذا فلساً ودرهماً صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا لانه قابل الدرهم هنا بما سمى من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقى كله بازاء الفلوس* رجل باع درهما زائفا لا ينفق من رجل قد علم عيبه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس اذ كان كل عشرين بدانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم صغير وزنه دانقان اذا تقابضا قبل التفرق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف مثل وزنه والباقى كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط فضة لم يجز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا فى النبهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف الستوق ولو قال بعنى بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لانهما نوعان مختلفان وان باعه إياه بخمسة أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سمى يقع على الفضة دون الفلوس وان كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذاك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئاً بدانق أو بدانقين أو بنصف درهم فهذا كله يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز والدرهم دين عليه لان العقد فى الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس فبقى دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت فى القياس هو جائز أيضا لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفى الاستحسان بطل العقد لفوات صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لانه مقبوض فى يده بسبب فاسد وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع ينتقض استحسانا لانها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمنا وماليتها كانت بصفة الثمنية مادامت رائجة فبفوتها تفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائما أو قيمته ان كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن يكون لازما ويتخير البائع فى نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هذا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوساً لأن هناك بعد الكساد لايجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن تجعل ثمنا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز وغيره وان اشترى فاكهة بدانق فلس والدانق عشرون فلسا فلم يرد الفلوس حتى غلت أو رخصت فعليه عشرون فلسا لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد بتسمية الدوانق مسميا ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشترى فلوسا بدرهم فوجد فيها فلسا لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقة وان لم يستبدله حتى افترقا لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفا قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضا ما لم يتفرقا لان الدينية الى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدراهم كما في الصرف واذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض القبض فيه من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان دينا بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقا لانه بمنزلة الزيوف في الدراهم وقد بينا في الصرف والسلم انه اذا وجد القليل زيو فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعنى اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياسا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسئلة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدى الناس بخلاف ما اذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب فى ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شئ كما اذا غلت أو رخصت وهذا لان جواز الاستقراض فى الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من ان يكون من ذوات الامثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنيـة وقد فات ذلك بالكساد يوضحه أن بدل القرض في الحكم كانه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كانه غصب منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برد عينها فهنا أيضا يبرأ برد مثلها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت القيمة فانمـا تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فانما يعتبر قيمتها بآخر يوم كانت فيـه رائجة فكسدت وهذا بناء على ماذا أتلف شيئا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن أيدى الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد بآخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا فى كتاب الغصب وان استقرض دانق فلوسا أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليـه الا مثل عـدد الذى أخذ لان الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجـه القرض مضمون بمثـله وكذلك لو قال أقرضنى دانق حنطة فاقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدانق فيه وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالحاصل وهو ان المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الامثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شئ آخر فعليه أن يرد مثل المقبوض وكذلك مايعد من الجوز والبيض وان اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال تارة ويعد أخرى وقد بينا جواز السلم فى الجوز كيلا وعدداً وما فيه من خلاف زفر فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة مرة وقال صـلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المعتبرة في القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض في معنى العارية لان ما يسترده المقرض في الحكم كانه عين ما دفع اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لان اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأتى فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به الا مع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تمليك لعينه واذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل وانما يختلفون في اقراض الخبز فالمروى عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد انه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة افسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لان السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلأن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لانه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لانه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم انه سئل عمن استقرض رغيفا فرد أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وانما استعظم محمد قول

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد لتعارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقي استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا في الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندى في السلم وعند الكل في النكاح والخلع والصلح في دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجبه ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لموجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن في الجوارى لا أجوز الاستقراض كما لا أجوز السلم على أحد القولين وعلى القول الذى يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود في الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لا يجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود لما يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه . وحجتنا في ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجوارى ولهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا في الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة في المالية لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فاذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط المعادلة في المماثلة مع أنه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك في القرض ابتداء وعذره في الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة فيما تنفصل المنفعة فيه عن العين تتأتى حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روى انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف فى الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان فى وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه فى أول الغصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا فى معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض فى الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض فى الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالاً وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر فى المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك فى الثياب بذكر الوصف ممكن اما فى باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة فى العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد فى الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لانها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التى تكال لا بأس باستقراضها لانها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك *ولا يجوز الاجل فى القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به فى الحال وعند مالك يثبت الأجل فى القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والأجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالابراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن القرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ملزما المتبرع شيئاً وهو الكف عن المطالبة الى مضى الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثانى أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت فى العارية لا يلزم حتى ان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل فى القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض فى الحكم عين المقبوض اذ لو جعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض فى الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهـذا بخلاف الابراء لانه بالابراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه الى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل فى بدل الغصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعى رحمهما الله أما مع الشافعى فالكلام ينبنى على أصل وهو ان عنـده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط فى عقد المعاوضة حتى قال لو أجله فى الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسـقاط القبض فيـه بالابراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك فى بدل الغصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة فى صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت فى المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزما * وجـه قولنا ان بدل المستهلك دين فى الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض فى العـين بنفس القبض والمقرض أحق باسـترداده ما لم يخرجه المسـتقرض عن ملكه ولكنا نقول المسـتقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فاذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار فى تعيين ما يرده الى المستقرض وهـذا لانه دين فى ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلاعتبار انه دين صـورة جعلنا اختيار محل القضاء الى من فى ذمته ولاعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للاصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية فى كل مالا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لأن المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطا له على استهلاك العين فى حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض * قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم فى حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاوانى من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لأن منافعها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يجز بيعه فيها وكذلك اللالئ والا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما قالت أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقا من تمر خيبر وعشرين وسقا من شعير فقال لي عاصم بن عدى أعطيك تمرا هنا وآخذ تمرك بخيبر فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهانى عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشتراط ايفاء بدله حمل ومؤنة فى مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستقراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه أبى بن كعب رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابى رضى الله عنه نخل بعجل فأهدى أبى بن كعب رضى الله عنه رطبا لعمر رضى الله عنه فرده عليه فلقيه أبى فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعث الى مالك فخذه فقال عمر لابى رضى الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدى اليه لاجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبى رضى الله عنه انه ما أهدى اليه لاجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة فى الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن فى قضاء الدين وهو مندوب اليه . بيانه فى حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما اذا كان يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالمشروط والذى يحكى انه كان لابى حنيفة على رجل مال فأتاه ليطالبه فلم يقف فى ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان أبا حنيفة كان افقه من ذلك فان الوقوف فى ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوبا وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضنى فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة العينة وهو ان يبيعه مايساوى عشرة بخمسة عشر ليبيعه المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا فى معنى قرض جر منفعة والاقراض مندوب اليه فى الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع مما يدنو اليه والاقدام على مانهوا عنه من الغرور وبنحوه ورد الأثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمرو الحسن رضي الله عنهما قال فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها فى السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وقال انههم عن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف وعن بيع مالم يقبض وعن ربح مالم يضمن وبه نأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيأ ليقرضه أو يؤجله فى الثمن ليعطيه على ذلك ربحا وبيع مالم يقبض عام دخله الخصوص فى غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهى عن البيع مع بقاء الغرور في الملك المطلق للتصرف وذلك فى المنقول دون العقار وقد بيناه فى البيع وعن ربح مالم يضمن هو فى معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس فى ضمان المشترى فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له *وزاد فى بعض الروايات عن بيع ماليس عنده يعنى ما ليس في ملكه بيانه في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله انى ربما أدخل السوق فاستجيد السلعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشعبي قال أقرض عبدالله بن مسعود رضى الله عنه رجلا دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضى الله عنه فقال لا الامن عرضه مثل دراهمي وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضى الله عنه ان الرجل انما فعل ذلك لأجل القرض فلهذا كرهه وقد رد عمر رضى الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بلقاء فقال انه أوصي الى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتر من ماله شيئا ولا تستقر من منه شيئا وبه نأخذ فنقول ليس للوصى أن يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصى من مال اليتيم لنفسه شيئا لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفى التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضى الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا وبه نأخذ فنقول المنهى عنه هى المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الإحسان بالإحسان وانما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به اذا لم يكن مشروطا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم الى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما اذا كان مشروطا فذلك مكروه والسفاتج التى تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط فى القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة * رجل باع من رجل عبدا بثمن مسمى الى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضى الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا فى الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مقيدا غير معتبر اذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان فى القرض للتسليم لا يلزم وهو الأجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين فى البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها ففيما له حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسلم فيماله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم مالم يأتيا ذلك المكان واما مالاحمل له ولامؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتى ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم فى الحال لأن التسليم فيمالاحمل له ولا مؤنة لايتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل فى ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وابرأه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في الكل فكذلك فى البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لايتمكن فى هذا التصرف معنى المبادلة وصحة الابراء لاتستدعى القبض وهذا بخلاف مالو صالحه على أن أجله فيها شهرا لأن التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقراض والمعنى الذي لاجله لايلزم الأجل اذا اقترن بالاقراض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقراض وان صالحه على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة فى هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ماقبض بعضها يبرأ من حصة المقبوض وعليه رد ما بقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر أومصوغ لايعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجرى وتوهم الفضل كتحققه فيما ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان فى لفظ الصلح ما يدل على ان ماوقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الرائجة لاتتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه قابض للدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا فى بيع الفلوس بالدراهم أن قبض أحد البدلين قبل الافتراق يكفى قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لاعينا

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن يكون دينا بدين فيكون هذا افتراقا عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلا ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت في ذمته ماهو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جائز على الدنانير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يتملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسعمائة على المكفول عنه ﴿ قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل ﴾ لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكا جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف ربا * قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جائزا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدى والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ لانه انما اعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو أعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفيا منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فاذا من لزمه الرد تخير بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفيا بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضي الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فى رواية أبى سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبى حفص قال هذا قول أبى حنيفة أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب فى المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبنى على ما بينا فى كتاب البيوع واذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالى عليك فى كر حنطة وقد قررنا الخلاف فى تلك المسئلة فكذلك فى هذه اذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح فى الوجهين جميعا باعتبار انه أضاف الوكالة الى ملكه فالدين فى ذمة المديون ملك الطالب وعند أبى حنيفة لا يجوز في الوجهين لانه أمره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلكت قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع اليه مؤتمن لانه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل اليه من ماله فان صرفها وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لانه فى القبض بحكم العقد عامل للامر فهلاكه في يده كهلاكه فى يد الآمر حتى يأخذ منها حقه فاذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لانه فى هذا الاخذ عامل لنفسه وانما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بأمره وان قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لانه بالبيع ممتثل أمره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الاول فان هنالك أمره بالبيع للأمر فكان فى القبض عاملا للآمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط. والمراد شرط. فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك واذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على ردته فقرضه الذي عليه دين فى ماله اما لأن تصرفه قد بطل فبقى هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لان تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله مالم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغى أن لا يكون ضامنا ما استقرض فى ماله الذى هو حق الورثة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال يقدم على حق الورثة ولهذا يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والصبي والمعتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع *واذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن للمستهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر . وان أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذي بينا وان لم ينص عليه وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال كما في الوديعة . وان وجد المقرض ماله بعينه عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه . واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى أجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساء حرام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما أولى . والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فللآخر ان يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تتعين بالقبض وان كانت لا تتعين بالعقد والله أعلم بالصواب

باب الرهن في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير ونقده الدنانير وأخذ بالعشرة رهنا يساويها فهلك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن برأس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم بقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا بقي عقد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الصرف وكذلك لو اشترى سيفا محلى بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهنا فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهنا بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فانه يقضى له بالسيف لان أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالاقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لانه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشئ كالمقبوض على حقيقته فى حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين فى العقد فانه جعله كالسيف فى أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فان هلك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لان تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهنا بالثمن أو بالمثمن لان الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف فى المعادن وتراب الصواغين

قال رحمه الله ذكر حديث أبى هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية اذا هلك الرجل فى البئر جعلوها عقله واذا جرحته دابة جعلوها عقله واذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذى خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لانها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذى لا يفصح يسمى أعجميا والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لانه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها فى نفسها وفى بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة اذا رمحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لان ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لان في وسع الراكب أن يمنعه بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن فجبار لان سقوطه بعمل من يعالجه فيكون كالجانى على نفسه وفيه دليل لنا على وجوب الخمس فى المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب المخلوق فى الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان الركز هو الاثبات يقال ركز رمحه في الارض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقة أو وضعا وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم فى قرية خربة فقال علي رضى الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها فى قرية يؤدى خراجها قوم فهم أحق بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدى خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك وسنتمها لك فجمل الكل له وفيه دليل لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ان واجد الكنز فى ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الارض بعد ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك فى الواحد اذا رآه محتاجا اليه وله أن يضع ذلك فى بيت المال كما رواه عن علي رضى الله عنه فى الحديث الآخر قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسه بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق ان رجلا وجد كنزا بالمدائن فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضى الله عنها فقالت بفيه الكثكث يعنى التراب فهل لا أخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسه وهذا مثل في العرب معروف للجانب المخطئ فى عمله وهو مراد عائشة رضى الله عنها بما قالت يعنى انه خاب وخسر لخطئه فيما صنع فى دفعه الكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا يدفع الى العامل الاقدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى دير خربة فوقعت فيه ثلمة فاذا استوقة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها عليا رضى الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقى منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا دليل على جواز وضع الخمس فى قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن يفعله بنفسه لأن خمس الركاز فى معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك فى قرابة الغانمين جائز اذا كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الازدى قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبى بمائة شاة تبيع فلامته امى وقالت اشتريته بثلثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فتقدم الرجل فاستقا له فأبى أن يقيله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فعالج الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واعطنى مالى فأبى عليه فقال

لاضرنك فأتى عليا رضى الله عنه فذكرذلك له فقال على رضى الله عنه اد خمس ماوجدت للذي وجد الركاز فاما هذا فانما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على ان بيع المعدن بالعروض جائز وقوله بمائة شاة تبيع أى كل شاة يتبعها ولدها وهى حامل بأخرى وهـذا معنى ملامها اياه حيث قالت اشـتريتها بثلثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنها وفيه دليل على ان المتصرف لا ينبغى له أن يبنى تصرفه على رأى زوجته فانه ندم بناء على رأيها ثم خرج له منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيـه دليل على أن خمس الركاز على الواجد دون المشترى وان بيع الواجد قبـل أداء الخمس جائز فى الـكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيـه وفيه دليل على انه لا ينبغى للمرء أن يقصد الاضرار بالغـير فيكون ذلك سببا للحوق الضرر به كما ابتلى به هذا الرجل وهذا معنى مايقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسىء ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لاخير فى بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك فى الماء وبه نأخذ فالمقصود مافي التراب من الذهب والفضة لاعين التراب فانه ليس بمتقوم وما فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقـدر فـكان هـذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليـه وسلم عن بيع فيـه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيـه شيء من الذهب والفضة أم لا فان علم وجود ذلك فبيع شىء منه معين بالعروض جائز على ماينه انشاء الله وعن عبد الله ابن عمر رضى الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد فى الطريق العام فقال صـلوات الله عليه عرفها حولا فانجاء صاحبها والا فهى لك وفيـه دليل على ان الملتقط عليه التعريف فى اللقطة وبظاهره يستدل الشافعى ويقول له ان يتملكها بعـد التعريف وان كان غنيا ولكنا نقول مراده فاصرفها الى حاجتك لانه صلى الله عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها فى الخرب العادى فيها وفى الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لانه عطفه على الـكنز وانما يعطف الشيء على غيره لا على نفسه وكل من احتفر من المعدن فعليه خمس ماوجد وله أربعة اخماسه لـما روينا من الاثر قال وأكره أن تتقاسموا التراب ولا أجيزه وان فعلوا حتى تخلص تقاسـونه على ما تخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما فى التراب وحقهم فى ذلك سـواء وعند قسمة التراب لا يعلم مقدار مايصل من المقصود الى كل واحد منهم فهم فى معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وذلك لايجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجز لانه لا يدرى أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضى الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما فى التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمتقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقى فى مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحرزها ويخرجها وتأويل حديث علي رضى الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقى ولهذا قال علي رضى الله عنه ادخمس ما وجدت من الركاز يعنى ما أحرزته وكذلك ان أعطاها رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه فى اخراج المباح وذلك باطل فرجع فى عوضه وما احتفر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس فى ذلك * وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجز لان المقصود ما فى التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك فى البعض ويقل فى البعض الآخر وينعدم فى البعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجز لتوهم الفضل فيما أعطاه وان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار اذا رأى مافيه . واذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود مافيه واستقراضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التى يدعيها المقرض وان كان استقراض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط فى القرض باطل وكذلك لواشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول فى مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمتقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المعقود عليه ما فى التراب وبالمساواة فى وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا رأى مافيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

باب صرف القاضي

قال رحمه الله وحكم القاضى فى الصرف وحكم وكيله وأمينه كحكم سائر الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فمباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرته لا على وجه القضاء وان كان لليتيم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس فى هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصى فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيأ لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيرا لليتيم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للاثر الذى روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة مذكورة فى كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أبيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدرى لعل فيه من أحد النقدين خاصة مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم مافيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره في بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلى أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثل الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرا وبذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقي بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعا على ما بينا في تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما في التراب. ولو اشتري ذهبا وفضة لا يعلم وزنهما بفضة وذهب لا يعلم وزنهما جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق إسم لما يخرج للجند من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولسنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان دينا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز في العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه الدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلي والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

معلوم ببدل معلوم فلا تشترط المساواة بين الاجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة فى الوزن لان مايشترط له من الأجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك اذا استأجره ليخلص له ذهبا أو فضة من تراب الصواغين أو تراب المعادن اذا اشترط من ذلك شيئا معلوما لان مقدار عمله بعد تبيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا تمكن فيه منازعة وكذلك ان استأجره لينقض له حليا أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبدل بمقابلته معلوم وكذلك ان استأجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهب التمويه على الذى يأخذ الاجر فلا خير فيه لأن مقدار مايحتاج اليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولأن العقد فى ذلك صرف فلا بد من التقابض فى المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرزا بقيراط ذهب فهذا باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده اليه ويقول موه به وكذلك ان استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لايجوز إلا أن يتقابضا لأن العقد فى الذهب صرف ولو استأجره بعرض أو بشىء من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة مسمى فهو جائز لأن بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعا والقبض في المجلس ليس بشرط فى بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهى اجارة صحيحة فان عمله فقال المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لى وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه لانكاره القبض فى بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه الا أن يرضى أن يأخذ بقوله لانه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة مازاد التمويه فى متاعه وقد بينا نظائره فى باب الاستصناع من كتاب الاجارات فى مسئلة الصباغ وان استأجره يحمل له مالا من أرض الى أرض أو ذهبا أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره يبيع له ذلك شهرا فالمعقود عليه منافعه وهى معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره ليبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لأن الاجارة وردت على البيع والبيع ليس فى وسعه فهو بمنزلة ما لو استأجر إنسانا للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يحفر له في هذا المعدن عشرة أذرع بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف مايخرج منه كان فاسدا لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون

بمنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو فى المنفعة بعقد فاسد وان استأجر اناء فضة أو حلى ذهب يوما بذهب أو فضة جاز لأن المستأجر منتفع به لبسا أو استعمالا والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للاجارة وانما يردعقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة فى الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفا محلى أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدراهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغا يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد فى هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضا كذلك ثم استأجره فى اقامة عمل معلوم فى ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفى لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده واذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا يوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض فى الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق فى يده وهو غير راض بازالة يده عنه مالم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسئلة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكا لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ فى الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين مازاد من الذهب قائم فى الطوق فالصائغ فيه كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه مالم يصل اليه كمال العوض وان أمر الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكن الفضة على قرضا من عندك لم يجز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصائغ عاملا فى ملك نفسه ثم بائعا منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضا للذهب بخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملا له فى ملكه فلهذا يستوجب الأجر عليه وفى مسئلة الخاتم يفسد أيضا لعلة أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب الغصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة مابلغت لان من أصله أن للجودة والصنعة فى الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى الى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه فى الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا انما يكون شرطا فى العقد فاما في ضمان المغصوب والمستهلكات فلا تمكن الربا بناء على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين فى كتاب البيوع والغصب والقول فى الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر الزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه متعذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه فى الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور اليه بالضمان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشئ لان شرط التضمين تضمين المكسور اليه فاذا أبى ذلك كان مبرئاله بخلاف الثوب اذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفى الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فايجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدى الى الربا فان قضي القاضي عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فان تمليك الفضة المكسورة بالذهب والتقابض فى المجلس شرط فى الصرف ولاجله يثبت حكم الربا فيه حتي لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه فى حكم التقابض فى المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفى الدار

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضى له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح فى المجلس لان العقد فيه صرف .وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضى على الغاصب بردعين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك فى المضمون شرطا لتقرر حقه فى القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك فى البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يتملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلوجود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصة الصفائح فى المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض فى الصرف للتعيين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين فى الابتداء وهذا لا يوجد فى الغصب فالغصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعيين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة . يوضحه انه لو انتقض القضاء بالافتراق عن المجلس احتاج القاضي الي اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلحا على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أورفعا الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل فى المغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لزفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة فى المجلس عنده واجب والثانى ان بدل المغصوب والمستهلك عنده كبدل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالثمن فى البيع واذا استهلك أناء من نحاس أو حديدأو رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدى الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى يجوز بيع الواحد منه بالاثنين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه وقد فوته بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئا آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمنه قيمة الاول مصوغا وقد بينا المسئلة فى كتاب الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذابها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا لمثله والمخلوط يصير مملوكا له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف فى كل ما يخلط وقد بيناه في الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه أو سبك ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فجعلها عروة فى قلادة فهذا استهلاك وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفا من أوصاف ملكه حتى يدخل فى بيع ملكه من غير ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير الساحة اذا أدخلها الغاصب فى بنائه واذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردإ ولو أبراه عن بعض القدر جاز فكذلك عن الصفة وفى الاجود أحسن الغاصب فى قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه كما لو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه فى البيوع وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقده الدنانير والدراهم قائمة فى منزل الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة فى يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لوكان الذى غصبه اناء فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أوعلى فضة مثلها بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لزفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المغصوب فى حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فاتقع الصلح عليه يكون بدل المغصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعنى لو كان قائما بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الا يدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاناء غائبا عنه فقال اشتريته منك بنسيئة فانى أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أوغائبا والقياس في الصلح هكذا الا انى استحسن فى الصلح اذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس فى نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أوهو مقر به فانى أكره الصلح والبيع فى ذلك الا على مايجوز فى الصرف فان مايجرى بينهما صرف بزعمهما فيؤاخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف فى الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا فى السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة فى بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاكها فى يد المودع كهلاكها في يد المودع فاذا لم يجدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البدلين* وان أودعه سيفا محلى فوضعه فى بيته ثم التقيا فى السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف فى حكم شئ واحد وقد انتقض العقد فى حصة الحلية بترك القبض فى المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما فى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تميز البعض من البعض فى التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلى فدفعه اليه ولم يقبض الوديعـة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغى أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان فى حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل فى العقد لان العقد فى الوجهين صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لالغائها بعد صحتها واذا فسد العقد فى حصة الصرف يفسد فيما بقى أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر فى تميز البعض من البعض فى التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضـة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان فى الحلية فضل أضيف الفضل الى الحمائل من الجانب الاخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجـل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها فى العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقـدين فان كان فيه فضل من أحـد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجـل اشتري نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز فى الشاة والدرهم والثوب لان العقد فى ذلك ليس بصرف وتميز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ فى البعض لا يتعـدى الى ما بقى ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانهما جنسان ثوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولى من البعض فالمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقـد فى ذلك الجزء صرف وجاز البيع فى كل واحـد من الثوبين بصاحبه بالحصـة التى سميت له ولا خيار له فى ذلك لان عيب التبعيض بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم فى بدل الصرف فيكون كل واحـد منهما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

راضيا بعيب التبعيض فلهذا لا خيار لهما فى ذلك والله أعلم بالصواب

باب الصرف فى الوزنيات

قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لان شرط الجواز المساواة فى الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة فى المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعنى بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود . ولو اشترى مثقالى فضة ومثقالى نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقى لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم فى مال الربا انه يقابل الشيء مثله من جنسه فالحاصل أن حكم الربا فى الفروع يثبت على الوجه الذى يثبت في الاصل لانه انما يتعدى الى الفرع حكم الأصل فكما أن فى الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك فى الفروع وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز الا وزنا بوزن لان الحكم فى الفرع يثبت على الوجه الذى يثبت فى الأصل وفى الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء فى ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وان افترقا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا فى البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع فى الأموال الربوية فى اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالاسرب فهذا رصاص كله يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الاحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس اثنان يدا بيد من قبيل ان الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة الصبغ الذى فى الشبه * قال ولا خير فيه نسيئة لانه نوع واحد وبزيادة الصبغ فى الشبه لا يتبدل الجنس ولانه موزون متفق فى المعنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الابيض يدا بيد الشبه واحد والصفر اثنان لما فى الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لانه موزون متفق في المعنى وكذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الصفر الابيض لا بأس به واحدا منه باثنين من النحاس الاحمر لان الصفر الابيض فيه رصاص قد اختلط به فباعتباره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله . وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل مالم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزناً بمنزلة التبر. وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمناً وترك التعيين في الثمن عند العقد لايضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء يوزن فلا خير فيه لانه بيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان دينا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لايضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا في المجلس أولم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو مالم يصحبه حرف الباء فيكون بائعا ماليس عنده لا على وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم

باب الصرف في دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاربا بين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربي في دار الحرب وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أوقامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله . وحجتهما حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا أمان له سواء كان في دار الاسلام أو في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق العقد منه ولو جاز هذا في دار الحرب لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر هبة *وحجتنا في ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن عبدالمطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربى وكان يخفى فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز وانما جعل الموضوع من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا على أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا خطرك فخاطرهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب اليهم فزد في الخطر وأبعد في الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس فبعث الى أبي بكر رضى الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب واخذه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبي بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك حيث لا يجرى أحكام المسلمين* ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة باعلى مكة فقال له ركانة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرما وهذا دليل على جواز مثله في دار الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئا الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم يتملك المال عليهم بالأخذ لا بهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ماأمكن وأحسن الوجوه ماقلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم طلق لنا أموالهم فـاعدا عذر الأمان يضرب سبعا فى ثمان وتأويل حديث ابن عباس أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا نقاتلهم لطمع المال وأما التاجران من المسلمين فى دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز فى دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا أتلفه وانما تملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذى باشره ولا يجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرجا حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرده والحكم فيها كالحكم فى التاجرين أما على أصل أبى يوسف فقط فظاهر لانه لايجوز هـذا العقد بين المسلم والحربى فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربى وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة فى حق الامام دون الاحكام ألا ترى ان أحـدهما لوأتلف مال صاحبه أو نفسـه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقـده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمته ومن لم يعتقده فلثبوت العصمة فيحق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا يؤمر أن يرد ما أخـذه لأن كل واحـد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخـذ فاما اذا ظهر المسلمون على الدارفانما لا يملكون مال الذى أسلم لانه صار محرزاً ماله بيده ويده أسبق اليه من يد الغانمين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهم من صاحبه درهمـا بدرهمـين لم أجز ذلك الا ما أجيزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يتملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة فى حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجر اما أن تدعوا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسـوله فالتعرض لهم فى ذلك بالمنـع لا يكون غدرا بالأمان وهـذا لانه يثبت

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فباشرتهم ذلك لا تكون عن تدين بل لفسق فى الاعتقاد والتعاطى فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم . واذا تبايع أهل الحرب بالربا فى دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أو يقبض أحدهما ثم اختصموا فى ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا ما بقى من الربا وسببه مروى عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو عمرو بن عوف يأخذون الربا من بنى المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة أميرا فطلب بنو عمرو بن عوف مابقى لهم من الربا وابى ذلك بنو المغيرة فاختصموا الى عتاب رضى الله عنه فكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عتاب رضي الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم مابقى من الربا أو يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا بعد التقابض فى دار الاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز كان باطلا شرعاً وكذلك المسلم يبايع الحربى بذلك فى دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج الى دارنا قبل التقابض فان خاصمه فى ذلك الى القاضي أبطله وان كانا تقابضا فى دار الحرب ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم

باب الصرف بين المولى وعبده

قال رحمه الله وليس بين المولي وعبده ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سواء كان أقل أو أكثر فعليه رد ما قبض لحق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجرى بينه وبين غيره والوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما والوصي في الربا بمنزلة الأجانب لان المبايعة تتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الأحرار في ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان اذا اشتري أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كشخص واحد في التجارة كما يجرى بينهما لا يكون بيعا والله أعلم

باب الوكالة فى الصرف

قال رحمه الله واذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتي يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف فى ذلك مباشرته لغيره ومباشرته لنفسه ألا تري انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لاحدهما أن ينفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى الرأي ورأي الواحد لا يكون كرأى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصة الباقى جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال فى حقوق العقد كاجنبي اخر وان وكله فى ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقر انه من دراهمه وجحده الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقابض فيما يدعى من الزيافة بعد ما أقر باستيفاء حقه وانما يرده على الوكيل باقراره واقراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل ببينة أو بأداء يمين ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الآمر وفي هذا نظر فان القابض اذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده انما اليمين عليه فان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد اذا حلف لا اذا أبى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب مختل

والصحيح أنه اذا حاف ورده على الوكيل فهو لازم للآمر لانه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الآمر . واذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف فى الدنانير لان الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة فى يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر . وان وكله أن يشترى له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أودنانير جاز على الآمر وجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف الى الشراء بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الآمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة الا بمحضر من الآمر وان اشتراه بشيء مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجز على الآمر لان مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك فى البيوع فاذا اشتراه بشيء آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لانه لم يخالف والوكيل انما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لان فضته صارت دينا على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقى فى يد الوكيل حتى يرده الى صاحبه . واذا وكل الرجل رجلا ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لانه يقوم مقام الموكل فى ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة فى التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزنا فى المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار فى ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا ان كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفا محلى فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط فى الصرف ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقدا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلى ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر بطل البيع فى حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز فى حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه بيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض فى المجلس وان كان لاينزع إلا بضرر لم يجز شيء منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان بيعه ابتداء فى هذا الفصل لايجوز فكذلك لايبقى بخلاف الأول وان وكله أن يشترى له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها الى الآمر فهى للآمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل فى القبض عامل له وبالقبض ينتهى حكم العقد فيه فالكساد بعده لايؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقيل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فإذا أخذها فهى لازمة له دون الآمر الا ان يشاء الآمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هى الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هى ثمن وذلك مقصود الآمر . وان وكله أن يشترى له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فللوكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فادامت العين فى يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للآمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الآمر استحسن ذلك الا أن يشاء الآمر وذكر فى السير الكبير أن على قول أبى حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للآمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبى حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للآمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراءه للآمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسئلة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسئلة فى قولهم كما أطلق فى الكتاب فوجهه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للآمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزما للآمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش الا أن يشاء الآمر وان لم يجد بالعبد عيبا ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه كما لو اشتراه لنفسه وهذا لان المبيع تحول من جنس الى جنس وتأثير ذلك في اثبات الخيار فوق تأثير العيب فان أجازه كانت القيمة له دون الآمر لان مقصود الآمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضا الوكيل بها لا يلزم الآمر الا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشترى لانها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له فاذا رضى أن يأخذه فهو أحق به واذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشترى وجدته صفيرا مموها بالذهب فاقر به الوكيل لزم الوكيل لان المشترى غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فانه قبض عين مايتناوله العقد ثم ادعي بعد ذلك فساد العقد لسبب لا يعرف في مثله لا يقبل قوله الا بحجة واقرار الوكيل حجة في حقه دون الآمر غير أن له أن يستحلف الآمر لان الآمر لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وان أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الآمر لان البينة حجة في حق الآمر وكذلك ان رد عليه باباء اليمين عندنا خلافا لزفر فانه يجعل اباء الوكيل اليمين كاقراره بذلك ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا لانه لا يمكنه أن يحلف كاذبا وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فان وكله أن يشترى له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتي كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغا من الفضة جاز ذلك على الوكيل لان المعقود عليه فات واختلف بدلا والوكيل في اختيار قبض البدل كالعاقد لنفسه في حقه ولا يجوز ذلك على الآمر لان المقصود للآمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الامر انما ينفذ فيما يرجع الى تحصيل مقصوده . قال ويبرأ منه بائع الطوق لانه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فاذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يتصدق بالفضل ان كان فيه لانه غرم في الثمن حسن ما عاد اليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لا على ضمانه فيلزمه التصدق به وأكره للمسلم توكيل الذمى أو الحربى بان يصرف له دراهم أو دنانير وأجيزه ان فعل لان مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا يتحرز

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أولجهله به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فلهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أولم يكن لانه مال الموكل صرف بعضه فى بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا واذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الآمر لانه فى معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين فى العوض الذى من جهة صاحبه مشتر ولان تصرف الوكيل بالشراء بالمعين انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فانه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالعين أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند مفاوض الآمر لم يجز كما لو صرفها الآمر بنفسه وهذا لانه لا فائدة فى هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الآمر فى الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الآمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بألف درهم يصرفها له وهما فى الكوفة ولم يسم له مكانا ففى أى ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحى المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الي الشام فصرفها هنالك جاز ولا ضمان عليه لان الآمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيده به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففى أى مكان صرفها له كان ممتثلا أمره ولو وكله يبيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هنالك أجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففى أى موضع باعه فهو ممتثل ولا ألزم الآمر من الآخر شيئا لانه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبى حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه فى الموضع الذى أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه فى ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به اتفق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لانه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفي الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجاب هذه المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة وبمثل هذا قال في الكتابين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الآمر فعرفنا انه كالغاصب في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جائزا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطي غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تتناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه الى تلك الالف أو غيرها فيكون ممتثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجزله لان

الوكالة تعلقت بتلك العين فانها أضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين فى العقد واذا وكله بالف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا فابو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة فى عصره وهما كذلك .والحاصل أنه يعتبر فى كل مكان وزمان ماهو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأى ولو قال اشتر لى بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة أو بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز وان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفة لان الوكيل انما يصير ممتثلا اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فان كان ما اشتري مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير فى هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الانفاق فى حوائجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفة أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق فباعها بالشامية لا يجوز على الآمر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الشرف على الشامية والله تعالى أعلم

باب العيب في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى سيفا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيبا فى نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغى له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالاقالة من حيث انه يعتمد التراضى والاقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد فى وجوب التقابض به فى المجلس لان الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فاذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد فى حصة الحلية لانه صرف وفيما وراء ذلك لان فى تميز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن . ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا الفصل دون الاول قال وله أن يؤاجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح فى مثله كبدل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه في حكم العين فان كان حلى ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يرده دون الحلى لم يكن له ذلك الا أن يرده كله أو يأخذه كله لان الكل كشئ واحد لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحدهما عيبا وهناك ليس الا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وكذلك الزيوف فى قول أبي حنيفة لان عنده اذا رد الكثير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك فى السلم وعندهما فى الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت فى المغنم يوم القادسية طشتا لاأدرى أشبه هى أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطانى بها تجار الحيرة ألفى درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه فقال لا تلمنى ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها منى فقال انى أخاف أن يسمع عمر رضى الله عنه انى بعتك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفى درهم فيرى أنى قد صانعتك فيها قال فأخذها منى فاتيت عمر رضى الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذى جعل رعيتى تخافنى فى آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وانه ليس له أن يبيع بغبن فاحش وان تعرفه فيه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتصرف الأب والوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه باع بغبن فاحش وفيه دليل على ان الإمام اذا بلغه عن عامله مارضي به من عدل أو هيبة فعله فانه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عماله في آفاق الأرض وذلك لحسن سريرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء *واذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لايدري ماهو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لان العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة*واذا اشتري اناء فضة فاذا هو غيرفضة فلا بيع بينهما لان المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشترى للعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة ومطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشتري سيفا محلى على ان فيه مائة درهم بمائةدرهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فانه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالى عن المقابلة وهو الجفن والحمائل وان اشترى ابريق فضة بألف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشترى ان شاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار ماسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا للكل بألف درهم لانه ربا ولا بألفين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبعيض الملك عليه فيما يضره التبعيض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لوصرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الابريق ولو كان اشترى الابريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والابريق مما يضره التبعيض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه اذا أمكن دون الوزن المذكور *وان اشترى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فاذا فيها مائتا درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعيض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فانما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فانه يضر التبعيض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأتي أبيعه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعته في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعيض أو لا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن واذا اشتري الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع علي خالص ملكه وان كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن تقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ماكان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء مالم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس * واذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وجد بعد التقابض فى المجلس فى حصة الصرف وكذلك لو أجله فى الخمسين الباقية الى شهر لانه ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها حصة الحلية وصالحه من الباقى على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقى ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصلح فى الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقر البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز لان ماوقع عليه الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لفساد العقد فيه بفوات مايقابله والقبض في المجلس ليس بشرط فى مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير فى أصل بدل العبد اليهما ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب وصف والثمن لايقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العيب يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المحطوط دينا فى ذمته ولا يضرهما ترك القبض فيه فى المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله .ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثانى انما يصح بطريق الحط والحظ من الثمن وهو الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ماوقع عنه الصلح كان دينا فاذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة فى العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها أو اشترطا فى الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم افترقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء دون المبادلة فيكون فى الابراء محسنا من وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل فى العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افترقا قبل أن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ماوقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض فى المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت الى أجل أو فيها شرط خيار وافترقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى واذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباها وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه فى كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحيح العقد ممكن بان يجعل ماأخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض فى عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث فى منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لايصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد بيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه فى المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ماقبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا فى المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة مالم ينقد وجاز فى حصة ما انتقض اعتبارا للبعض بالكل وجاز ماسوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه بيع لاصرف واذا ادعى الرجل سيفا محلى بفضة فى يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقى منه ثوبا قبل أن يتفرقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق فى المجلس والباقى حصة السيف وترك القبض فيه لايضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر مالم ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شيء واحد فاذا بطل العقد في بعضه بطل في كله وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لايجوز فاذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الاصل الذي قلنا ان الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي. واذا اشتري رجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يرده لفوات ماصار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار أقل أو أكثر من قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان الفضل مما لايتغابن الناس في مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسئلة كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهي مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لايتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فاذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفائت الذي استحقه بالعقد ولاربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض في المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى لايكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز . وان كانت الدراهم أكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا على قولهما ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه في الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا قبل القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ونصف الدراهم ثم أجله فى الباقى من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز *قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أولم يستهلكه ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح بطريق الحط أو بطريق أن ماوقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع واجبا بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح فى مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطى ذهب من الدينار على أن زاده مشترى القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان مازاد مشترى القلب يلتحق باصل العقد وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البدل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعينها وتفرقا قبل التقابض فهو جائز أيضا لان فى حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفى حصة العيب وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض فى المجلس وان تقابضا ثم وجد فى الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم

باب الصرف في المرض

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لايجوز ذلك عند أبى حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبى حنيفة رحمه الله ولا وصية للوارث وعندهما مضى الوصية فى الحط لا فى نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتى فى كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى* ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك بقية الورثة فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو مردود كله فى قول أبى حنيفة رضي الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انشاء الابن أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه مارضي بزوال ملكه فى الدراهم حتى يسلم له الدنانير كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية أخرى عنهما أن أصل العقد يبطل اذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك فى الشفعة ان شاء الله تعالى *واذا باع المريض الف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا مازاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشترى فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار فى يد الورثة ويرد عليهم مابقى من الالف وان شاء أخذ ديناره ويرد الفا لانه ما رضي ان تملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار أخذ ديناره فلا شئ له من الالف بطريق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن عقد الصرف وقد بطل العقد فيبطل به مافى قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشترى أن يأخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقى من الالف بطريق الوصية ولم يجزه هنا لان الدينار مستهلك فلا فائدة فى اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ماخرج من ملكه بعينه وكذلك لم يعطه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهذا قال يأخذ قيمة الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقى وكذلك اذا باع المريض سيفا قيمته مائة درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فابت الورثة أن يجيزوا كان للمشترى الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه با كثر من ثلث ماله وهذا وما سبق فى التخريج سواء وما تختص به هذه المسئلة قيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشئ واحد لا يتأتى اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان المشترى بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون ذلك دينا فى تركة الميت ويباع السيف حتى ينقد الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقى لان السيف مما يضره التبعيض فيثبت الخيار لما لحقه من عيب التبعيض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبعيض فى الالف الاول ليس بعيب فلهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وان كان المشترى أيضا قد استهلك ماقبضه جاز له منه قيمة الدينار وثلث الباقى وغرم ثلثى الباقى للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلثى الباقى وغرم ثلثى الباقى بعد قيمة الدينار لانه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم *مريض له تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعه فاجازة الورثة وردهم هنا سواء وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل فى ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله فى المجلس وانما بقى العقد فى مقدار المائة والوصية بالمحاباة كانت فى ضمن العقد فانما يبقى فيما بقى فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شئ له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشترى تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كله لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كأنه فى الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحاباة بقدر الثلث من ماله وذلك جائز . قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسئلة اذا زيد فى سؤالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستمائة درهم لان جملة مال المريض تسعمائة وانما تكون المحاباة بقدر الثلث اذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان المريض وكل وكيلا فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال المشترى أنا آخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فاذا أراد المشتري الى تمام تسعين دينارا للحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحاباة وكان ذلك سالما له واذا اشتري من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذى أعطى المائة أن يمسك المائة من الالف بمائة ويردا لفضل لان حقه فى المائة التى أعطى وقد صار دينا والذى فى يده مال الميت فيكون له أن يمسك من ذلك بمقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان الوصية

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا يخير صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائةدرهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشترى بالخيار ان شاءرده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شيء من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المفاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لانمبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة فى حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة فى ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمةذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلكستةدنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشترى ثلثا الابريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمته ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقدسلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة فى عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليموهه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضا على الدافع ويعطيه أجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها باتصاله بملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ماصنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف على فعل الغير فان قال موهه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أجر عملك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه صار قابضا الفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر ردعينها فعليه رد مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لا يجاوز به ما سمى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد والمفسد فى حصة الصرف فسد فى الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد فى حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك لا يوجب فساد الاجارة * قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل لبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر مثله وعلى المائة درهم فعلمت أنه حكم بصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد فى حصة الذهب صرف وكذلك لو شرط عليه أجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لا مستقرضا لانه سمى ما يقابله ثمنا فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضنى مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض للدينار وهو قابض له لاتصاله بملكه فكأنه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم * واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صغها قلبا ولك كذا ففعل فهو جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل فى ملكه ببدل معلوم وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صغ لى من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل فى يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتى اثنى عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتنى فزدت خمسة وفى القلب خمسة عشر فالقول قول المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف فى مقدار مادفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

والمدفوع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفوع اليه يدعى انه أمره أن يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاددرهمين فوق ماأمره به فكان مخالفا لامره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اقام العمل المشروط عليه وزاد فاذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لايعلم وزنه ولايعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل سلم القلب له وأعطاه الآمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده اذا كان مازاد فيه وهو الخمسة بزعمه لاتصل اليه فاذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال الآمر كانت فضتى بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء وأمرتنى أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع اليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك فى صفته وان اختلفا فى الاجر فى المقدار بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر فى ذمته أوالزيادة على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد ماتفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالجياد قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياد دون الزيوف المردودة واستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لايؤثر فى العقد وهذاانما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبى حنيفة ان كان الرد بعيب الزيافة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كر حنطة وقال اطحنها لى بدرهم فطحنها قبل أن يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وانما طحن صاحب الحنطة حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق * ولو دفع اليه كر حنطة وقال اقرضنى نصف كر واخلطه به ثم اطحنها لى بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط بملكه بامره فيكون الطحان عاملا له فى حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع اليه لجاما وذهبا فقال موهه به وما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقى من الذهب فهو مردود على صاحبه ٭ ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب فى المجلس فللمشترى الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشترى البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشترى تضمين المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبى حنيفة كقول أبى يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه فى نظيره فى الجامع اذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشترى تضمين القاتل في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشترى وفي قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمين المحرق والقاتل لا تصل يده الى شئ فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين فى ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس فى اختياره أكثر من أن تتوجه له المطالبة على المحرق ببدل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التى تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هنالك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببدل الصرف على انسان فى المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشترى حين اختار تضمينه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان باتلافه ولو كان أمره بالقبض فى الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك اذا رضى بقبضه فى الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيأ حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشترى أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصدق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمينه

وذلك بعد الاتلاف وبعد ماوجب التصدق بالفضل فلا يظهر فى ابطال حق الفقراء مع أن
باب التصدق مبنى على الاحتياط وهذا شئ بقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر فى حقه لافى
حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع دينا
للمشترى على الاجنبى الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض فى هذا الاختيار يقرره أنه
لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع فى ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع
لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فعرفنا
أنه واجب للمشترى ابتداء فى ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة
المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا
محلى فيه خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد
رجل شيأ من حمائله أو جفنه فاختار المشترى أخذ السيف وتضمين المفسد قيمة ماأفسده فله
ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان
ما أفسده لم يضره ذلك فى البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس
بشرط فى المجلس انما ذلك فى الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل
القبض فاختار المشترى امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك فى المجلس وان كان
المفسد أفسد السيف كله واختار المشترى امضاء العقد وتضمين المفسد ونقد البائع الثمن ثم
فارقهم المفسد قبل أن يؤدى القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد فى شئ لا يضرهما
ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشترى قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبى يوسف
آخرا لا يبطل الصرف وهو قول أبى حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله فى حصة الحلية
للافتراق قبل القبض وفى حصة السيف لان الكل شئ واحد ولو أسلم ثوبا فى كر حنطة
أو باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب باثنين فاختار مشترى القلب والمسلم اليه
أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم
يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم
قبض النقصان من الهاشم فى المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط
قبض المعقود عليه فى المجلس * رجل اشترى سيفا محلى فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم
فاحرق رجل بكرة من حليته فاختار المشترى إمضاء البيع وتضمين المحرق فنقد الثمن وقبض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لانه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زايلت السيف فانتقاض العقد فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفي قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لانه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول في السلم اذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختار المسلم اليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الاصل الذي بينا * وان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهما أو بربح ده يازده أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لان للحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان ينبغي أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة * قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مرابحة أو وضيعة وذلك ينعدم اذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولانهما جعلا الربح في ثمن السيف ده دوازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لان البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سمى من الربح وان البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصدا ذلك وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لانهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموه فلا بأس بالمرابحة فيه لان التمويه لا يتخلص فلا تمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما اذا باعه بربح نصف دينار فان الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وان باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لانه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لان الدرهم بمقابله مثل وزنه من القلب على ما عليه الاصل فان الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة اعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسماه رأس المال ربحا

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحا رأس المال فى عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد فى حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز فى حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الاخر وبفساد العقد فى احدهما لا يتمكن المفسد فى لآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضا ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقد فاسد فى قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه فى مسئلة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا فى كتاب البيوع * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فكأنه فى الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع أو قبل أن يفترقا فسد البيع كله فى قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه مالم يسلمه ولو زاده فى الثمن درهما وسلمه اليه فسد العقد فى قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطا بعد العقد لاحدهما خيارا أو أجلا يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك فى البيع اذا ذكر فيه شرطا فاسدا بعد العقد وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتى يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهما في ذلك أن الشرط والزيادة بيع فى العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشئ مبطلا لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذى لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وابقاءه فكذلك يملكان تغيير وصفه لان صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك فاوقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور فى أصل العقد ولو ذكر فى أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك اذا ذكر بعد العقد ألا ترى ان أحد المتصارفين اذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا رده فى بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط ابقاء العقد الأول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار اليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه الى ذلك فصرف الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد ان ذلك بأصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشراه وانما يفسد به العقد والفاسد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع اذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا فى عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة فلهذا التحق بأصل العقد الا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط فى سائر البيوع لان فى صحة هذا الحط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك فى تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده * ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الحط فى الثوب وينتقض البيع فى القلب فى قول أبى حنيفة لانه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بقوله حططت عنك درهما من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد فى حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت علي سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالى عن المقابلة فى الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فيكون البيع كان فى الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك فى حصة السيف خاصة لايكون فى هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين دينارا وتقابضا ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنانير فهو جائز سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لايظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمنا فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض فى المجلس فى مثله لايضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه فى البدل الذى من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس فى اثبات الزيادة فى هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوبا فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئا كما لو كان مذكورا في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب فى هذا المجلس والتحق باصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه فى المجلس الا ان اجتماعهما فى مجلس العقد فى أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد فى حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا فى أصل العقد ولم يقبض حتى افترقا * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشترى السيف درهما أودينارا فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست فى الحلية انما هى فى ثمن السيف فان الزيادة تلتحق باصل العقد ولو كانت مذكورة فى العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده دينارا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير كانه صارف سيفا محلى ودينارا بمائةدرهم فخمسون درهما من الثمن بمقابلة الحلية وتقسم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لان العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار فى المجلس* ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوبا بعشرة ثم باعهما بربح ده يازده أو بوضيعة عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكهما بوضيعة درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهما كان جائزا وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقى لانه لم ينسب العشرين الى رأس المال ولا الى ماقام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفى بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقى بمقابل الثوب بخلاف الاول فهناك نص على بيع المرابحة فيهما وفى بيع المرابحة لابد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب*ولو اشترى فضة بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى شيأ بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى سيفا بخمسين درهما بجفنه وحمائله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهما كان ذلك كله فاسدا لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل فى حكم شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد فى كله ولو كان الثمن والنفقة دنانير جاز لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الخالى عن المقابلة ولو اشترى فلسا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن عن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البدل فى المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان أخذ على سبيل الغصب والقرض لانه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفيا لحقه لامستقرضا ولا قابضا ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف اذا جعلا بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه*ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحسانا لان قبضه مستحق فى المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع انما يجعل المنقود من ثمنهما لاجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ماليس بمستحق ولان فى

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقدفيه فى الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساده بعدالصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هى من ثمنهما جميعافهو مثل الاول لان الشئ يضاف الى الشيئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يامعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هومن ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه وايفاء ثمن القلب فى مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب وان قال هى من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فالقول فى بيان جهته قوله ٭ ولو كان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون رهما وقبض السيف ونقده خمسين وقال هى من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أولم يرض فهو سواء وفى القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما فى الفصل الاول ولكنه استحسن فجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه فى حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحا بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شئ واحد وفى الشئ الواحدلا يعتبر تعيينه فى المنقود أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لوكان الثمن دنانير ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفا وجفنا وحمائل بخمسة دنانيروأنفق على صناعته وتركيبه دينارا ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضا كان ذلك جائزا لان الجنس مختلف لايظهر الفضل الخالى عن المقابلة وكذلك او كان قلب فضة يقوم عليه بدينار وثوب لآخر يقوم بدينارين فباعاهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يازده فان الربح بينهما على قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقى فى بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول بينهما أثلاثا وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لآخر قيمته عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذى له الا أن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشترى صاحب القلب عشرة فهى له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما فى المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل أن ينقد الباقى لان الباقى ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع فى نصف القلب بخلاف ماتقدم اذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقد سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب اذا قبض ثمن القلب وهو فى النصف عاقد وفى النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذى لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن فى اللؤلؤ صفة والعقد انما ينعقد على عينه لا على صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فاذا هى الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذرعان فى الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين فى الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشترى شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لا تسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة فى الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار * وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكنا نقول مثل وزنها فى البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحا وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوى من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تنصيص المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان فى الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة فى ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جاز له نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكأنه باعه القلب بعشرين درهما ونقد فى المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهى المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب ولوزن فى القلب صفة فان القلب مما يضره التبعيض وفيما يضره التبعيض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيرا فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعا كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزنا فى الفصلين جميعا وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان فى قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل ٭ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقض البيع فى نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنهما جميعا فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ماصرح به بقي فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشئ الى شيئين والمراد أحدهما كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لايبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما فى السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شئ واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لايسلم له بالطريق الذى نص عليه لان العقد يبطل فى السيف ببطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نعلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية ٭ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقدا من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسدا لانه شرط الاجل فى بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد فى بعضه فسد في كله ولو كان هذا فى القلب

والثوب فسد البيع أيضا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز فى الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفا بمائة درهم على ان حليته خمسون درهما وتقابضا فاذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وان شاء نقض البيع لانه لما سمى وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فاذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشترى لانه لزمه زيادة فى الثمن وان كانا تفرقا فالبيع منتقض لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد فى الحلية ينتقض فى جميع السيف وكذلك لو كان فى حلية السيف مائة درهم فان لم يتفرقا فان شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الابريق لان بيع نصف الابريق جائز فيمكن ابقاء العقد فى نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضررا فى التسليم فاذا بطل العقد في البعض بطل فى الكل * ولو اشترى سيفا محلى وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فاذا فى السيف مائة درهم فالبيع جائز لانه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا فى الباب نظيره * ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فاذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا فى الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها التبعيض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه ووكله آخر ببيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار وثمن القلب الدراهم كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب فى ثمن القلب لان كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعهما بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود ثمن القلب لان البائع واحد وهو

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعهما لنفسه سواء واذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما فى أصل القلب ألا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة فى ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض فى المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شئ الى شئ ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفيع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه تملك على المشترى ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لايجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لايحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكنا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة فى الباب * والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم. من ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فى كل شئ عقارا وربع ومن ذلك مابدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض بيتاله على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه باربعمائة لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغى له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لا تمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضى الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما فى قوله تعالى الزانية والزانى وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادى الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعى يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى

أيا جارتى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

والمراد زوجته وهى شريكته فى الفراش ولكنا نقول فى هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة فى الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفى الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه * وعن الحسن فى الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه يقوم مقامه فى الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفعته لان الحق بعد ما ثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبى سعيد الخدري أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك *والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا انما يتأتى على مذهبنا فاما الشافعى فلا يوجب الشفعة الا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وهذا من أقوى مايستدل به فانه لاشبهة فى صحة هذا الحديث لان عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبى رباح امام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن فى اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك فانه اذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وانما يكون مفيدا اذا كان المراد جارا هو شريك فى الطريق *قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلاجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لان سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها أى لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكنى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذى قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستنشدنى من أشعار الجاهلية فكلما أنشدت شيأ قال صلى الله عليه وسلم ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا فى الشفعة أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ماكان فهذا يدل على أن المراد حقيقته لانه نفى الشركة فى السؤال وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والانثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى والثانى أن المراد بقوله ما كان أى ما كان أى يحتمل القسمة أولا يحتمل القسمة فيكون دليلا لنا على الشافعى حيث يقول لا تثبت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة فى بعض المنقولات كالسفن ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ربع أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصرانى بالشفعة وكتب فى ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه بعد هذا عن شريح أنه قال لاشفعة ليهودى ولا لنصرانى ولا لمجوسى وبقوله الثانى كان يأخذ ابن أبى ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكنا نأخذ بما قضي به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضى الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفى بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل على ان الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضي به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم القوم الارضين ورفعوا سربا بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة فى السرب تستحق به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة فى نفس المبيع لان الحاجة الى دفع الضرر البادى لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعا وعن شريح قال الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذى فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما يعتبر قرب الباب في التقديم فى الشفعة على ماروى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما منك بابا وهذا لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق وهذا تأويل ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول فى الهدايا ابدؤا بجارنا اليهودى فاما في الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذى فان بين الملكين طريقا نافذا وذكر عن على وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه ابن أبي ليلى فانه كان فى الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدى يأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا بقول عمر رضى الله عنه فقد أثبت الشفعة للجارين قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا فى أموال اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول صلى الله عليه وسلم فان الحديث متى صح عنه كان حجة على كل صحابى رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها فى نفس المبيع ثم الشريك فى حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما وعن ابن أبي ليلى والشافعى لا تجب الشفعة الا للشريك فى نفس المبيع لحديث أبى هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبى موسى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام فى الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما التقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيص على نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا المتملك عليه فيختص به الشريك دون الجار كالمتملك بالاستيلاد وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

بالاخذ بالاستيفاء والملك فيه وهذا لا وجد فى حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة فى المنقولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء فى المنقول معتاد فى كل وقت فاما العقار فيتخذ لاستيفاء الملك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو يحتاج الى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه ٭ وحجتنا فى ذلك ماروينا من الاخبار ولا يعارضها ما رووا ففيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لايدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع الشريك الذى لم يقاسم لا مزاحمة لاحد فى الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفى الشفعة بالامرين جميعا فذلك دليل على انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق وكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل بالملك اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك ٭ وتحقيق هذا الكلام أن استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق فى المنقولات ثم لا تجب الشفعة الا فى العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار تفضي الى المجاورة لانهما اذا اقتسما كانا جارين والشركة فى المنقولات لا تفضى الى المجاورة لانهما اذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة فى الملك فاذا كان باعتبار الشركة التى تفضى الى المجاورة يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير لان جواره ليس بمستدام ولهذا لا يثبت فى المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلما كان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج اليه فى المنقولات ولا شفعة فيما اذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقين وانما يندفع عنهم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

سوء مجاورة المشترى ولهذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق اذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا فى الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك فى الجار المقابل لعدم إمكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الاخرى بطريق نافذ بينهما حتى اذا كانتا فى سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك فى حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك فى الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بينا أن الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مع الاخ لاب اذا اجتمعا يترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة لا تستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين فى دار هى في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة فاذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء فى السكة لانهم أميز قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة فى الشركة فى الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لا شفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم محجوبون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفي أو سلم ولكن فى ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب فى حقه الا أن حق الشريك كان مقدما فاذا سلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا استحق أسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغى للجار أن يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك تمكن من أخذه فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه دور فبيعت دار منها فأصحاب الدور شفعاء جميعا لأنهم شركاء فى الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه فى الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك فى سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه فى دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفعة فى المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضي به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهى بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادى القرى قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا فى أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بنى عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بنى عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالاولاد والالبان والاثمار فى الاشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذى يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة * وجه قولنا انهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق * وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا فى أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك. ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فاذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما. وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فان حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فاذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فانه انما يحصل بقدر المال ألا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فانها متولدة من العين فانما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل اذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم يوجد فان ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفضيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة * ولا شفعة الا في الأرضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى فانه كان يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير فى الجوار تبع فهو فى معنى المعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق فى حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج الى الأخذ لدفع الضرر فى الآتى عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فى الحال وبمثل هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصي نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفعته اذا علم لهذا المعنى فانه لا يتمكن من الطلب مالم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليلا على الرضا أو التسليم بعد التمكن منه لا قبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء لانه من المعاملات وانما ينبنى الاستحقاق على سبب متصور فى حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه * واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يتملك الدار على المشترى كما ان المشترى تملكها على البائع .ولو كان الاختلاف بين البائع والمشترى فى الثمن كان القول قول البائع كما قال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع فكذلك المشترى مع الشفيع ولان الشفيع يدعى على المشترى وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس فى معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان أقام البينة فقد أثبت مادعى من وجوب تسليم الدار اليه عند أداء الالف والمشترى ان أقام البينة فقد أثبت زيادة فى الثمن ببينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن ببينته والشفيع ينفى تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشترى والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشترى ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة وأظهر من هذا كله المشترى من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولابى حنيفة طريقتان احداهما حكاها محمد عنه والاخرى حكاها أبو يوسف فالتى حكاها محمد أن المشترى صدر منه اقرار أن احدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. وبيان ذلك أن الشفيع أثبت ببينته اقرار المشترى بالشراء بالف وهذا عليه والمشترى أثبت ببينته اقراره بالشراء بالفين وهذا له وبه فارق البائع مع المشترى لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبته ببينة وهو له والآخر ما أثبته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولي أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لاتنافي بين البينتين فى حق الشفيع ألا ترى أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بألفين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فعرفنا أنه لاتنافى بينهما فى حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجعل فى حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولي مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أديت الي الفين فأنت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت الى الفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما فى حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أى المالين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشترى فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن وقد بينا العذر فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشترى فاما المولى القديم مع المشترى من العدو اذا اختلفا فقد نص فى السير الكبير

على أن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن فى حق المولى القديم لان الشراء الثاني ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التى حكاها أبو يوسف ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينتان للالزام فالملزم من البينتين يترجح كما فى بينة العبد مع بينة المولى فى مسئلة التعليق* وبيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بينة البائع والمشترى لان كل واحدة من البينتين هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفى مسئلة المشترى مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشترى فعهدته وضمان ماله على المشتري لانه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو فى حقه بمنزلة البائع مع المشترى* فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغى أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه* قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذى يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب وتأكد بقبض المشترى لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكا على البائع لانه لا ملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا على المشترى مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهدته على المشترى كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع فى الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشترى قام مقامه ثم عهدة المشترى على البائع فكذلك عهدة الشفيع وللشافعي قولان فى أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهدته عليه لانه يتملك علي المشترى بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك علي المشترى بعوض عقارا كان أو منقولا وعلي القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهدته على المشترى واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفى الشراء كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه كما
لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشترى نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى
المشترى وعهدته عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشترى نقد
البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشترى وعهدة
الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشترى
ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع
أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشترى لانكاره فاذا ثبت
تمكنه من الاخذ قبل ملك المشترى فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة
القبض المستحق بالعقد في حق المشترى وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل
القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشترى لتقدم حقه على حق
المشتري بخلاف ما اذا باعها المشترى من غيره لان يد الثانى هناك يمكن جعلها نائبة عن يد
الاول فلا يفوت قبض المشترى الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشترى فهو
الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد
انتهى بالتسليم الى المشترى وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشترى
ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلابد من حضرة البائع والمشترى
جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشترى واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما
جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لابد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ
بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشترى
وذلك لا يتم الا بمحضر من المشترى فيشترط حضورهما لذلك واذا أخذ الشفيع من المشترى
الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب
التوثق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا
أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه
الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشترى كتاب
الشراء الذى عنده فذلك أحوط له فان أبى أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط
للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من اثبات حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشترى جميع ما فى هذا الكتاب وأجازه وأقر أنه لا حق له فى هذه الدار ولا فى ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البائع الثمن برضاهما وضمان البائع الدرك لانه في الأخذ من يد البائع يحتاج الى حضرتهما وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجه فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشترى يضا ليكون ذلك أحوط للشفيع *واذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة وطلبها الشفيع الى ذلك الأجل لم يكن له ذلك عندنا . وقال زفر والشافعي له ذلك لان الأجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذى يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف ولكنا نقول الأجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا لان تأثير الأجل فى تأخير المطالبة وبه تبين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق للمشترى على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون فى ملاءة الذمة فبرضا البائع يكون ماله فى ذمة المشترى لا يكون رضا منه بكونه فى ذمة الشفيع ولان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشترى من المال فلا يثبت الأجل فى حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل فى حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فاذا حل أخذها بالثمن حالا واذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة فى الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل فى قول أبى حنيفة ومحمد وذكر ابن أبي مالك ان أبا يوسف كان يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته *ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه في الحال وسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشترى ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجله لتقرر العقد بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الأن يأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما فى الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار بالمشترى فى تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت فى جميع المبيع لتكامل العلة فى حق كل واحد منهما الا أنهما اذا طلبا قضى القاضى لكل واحد منهما بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق فى المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقى حق الآخر في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. واذا كان البائع اثنين فى صفقة واحدة والمشترى واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لانه يأخذ ملك المشترى بالشفعة فان كان المشترى واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به المشترى من حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشترى اثنين فانما ملك كل واحد منهما النصف وليس فى أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرارا بالآخر يوضحه ان أخذه لدفع ضرر الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشترى لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا الاضرار به. وان كان المشترى اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن عن أبي حنيفة قال اذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشترى فله ان يأخذ نصيب أحد البائعين لانه بالاخذ يتملك على البائع ولهذا كانت عهدته على البائع والملك فى حق البائعين متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشترى والملك فى حقه مجتمع وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك فى حق البائع وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر فى الكتاب فان المعتبر جانب المشترى قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسره هشام عن محمد ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقد لغيره فى باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه فى أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشترى واحدا فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمة ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع أن المشترى فلان فقال قد سلمت له فاذا المشترى غيره فهو على شفعته لما بينا أن الناس يتفاوتون فى المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه مفيد كأنه قال ان كان المشترى فلانا فقد سلمت الشفعه فاذا تبين أن المشترى غيره فهو على حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر والبعض معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه صحيح وان كان أقل فله الشفعه عندنا وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له فى الوجهين لانه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشترى فلا يكون له أن يأتى ذلك بعد الرضا به ولكنا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما اذا كان الثمن أقل من الالف فقد انعدم المعنى الذى كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ بالشفعة شراء وقد يرغب المرء فى شراء شئ عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شئ مما يكال أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفعته لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا فى حقه فكانه قال سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كر من حنطة فهو على حقه لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو شفعته لان ما له مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشترى وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد مفيدا فى حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شفعته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل التفاضل بينهما فكأنه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفعته كما في المكيلات والموزونات ولكنا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشئ بالف درهم لا يرغب في شرائه أيضا بمائة دينار قيمتها الف درهم ومالا يكون مقيدا من التقييد لا يعتبر ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على شفعته لان هذا التقييد مفيد في حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقويم الشئ بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى اذا كان الثمن دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما لا مثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة فاذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك الذى له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذى له في بعض الدار نصيب لان شركته أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو مشترك بين البائع وبينه لا حق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك في حكم شئ واحد فاذا صار أحدهم أحق بالتبعيض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشترى والشفيع فى الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشترى بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر مقدار الثمن فى حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشترى وليس فى جانب الشفيع الزام بل هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار فى يد المشترى فقال البائع بعتها بالف درهم واستوفيت الثمن وقال المشترى اشتريتها بالفين فللشفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البائع بعتها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بالفين ونقدته الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالفين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير مالو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالفين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في الامالي على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعتها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالفين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشتري فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعتها بالفين ولم انتقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشتري ولا الشفيع الا بالفين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع مالم يصل اليه كمال الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها إلا بالالف وأصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المبتدأة فاذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا وانما ثمن الدار مابقي فيأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشتري مائة فهو على شفعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمنا فهو بمنزلة مالو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشتري قبل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قبضه أو بعده لم يحط المشترى عن الشفيع شيئا لان هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع الغبن ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلا بعد ان كان رابحا أو خاسرا وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع فى الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن الحاق الجميع باصل العقد فى حق الشفيع بخلاف حط البعض فان زاد البائع المشترى فى الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشترى لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل فى حق الشفيع ألا ترى أنه لو جدد بيعا مع البائع باكثر من الثمن الاول صح ذلك فى حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط فى حق الشفيع وسوي بينهما فى بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة فى حكم بيع المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخذ له بالشفعة فان اختار الاخذ بالشراء الثانى يأخذها من يد المشترى الثانى ولا يشترط حضرة المشترى الاول وان اختار الاخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لان المشترى الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه واذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثانى على المشترى الاول وانما أوفاه من الثمن لان البيع الثانى قد انفسخ فان الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثانى ولم يشترط حضرة المشتري الاول اذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى يحضر المشترى وعند أبى يوسف هو خصم لانه يدعى حقه فى العين الذى يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له فى ذلك كما اذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له ولا فى ملكه وانما يدعى حقه على المشترى الاول

في ملكه فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وانما يعود ملكه اذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لايجوز الا بحضرته وتمام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لوتصرف المشترى في الدار تصرفا آخر بان رهنها أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى وليس لاحد من هؤلاء علي الشفيع شئ من الثمن انما الثمن للمشترى الاول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشترى الدار من البائع حتي ينقده ثمنها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان المسمى من الصداق قد استحق فاذا اشترى الرجل شقصا من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشترى بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لان القسمة من تمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتمام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشترى فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولانه لو نقض القسمة احتاج الى اعادتها في الحال لان البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شئ يحتاج الى اعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا اذا قسم بأمر القاضى فان كانت القسمة بينهما بالتراضى فللشفيع أن ينقض تلك القسمة لان في القسمة بالتراضى معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشترى فللشفيع أن ينقضه وقد يفيده هذا النقض فربما يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فاما اذا كان القاضى هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضى وهو ما سلمه الى المشترى فيأخذ الشفيع ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك واذا قضي القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها الا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حاله مع المشترى بمنزلة حال المشترى مع البائع وبعد البيع ليس للمشترى أن يتخلص منها الا بالاقالة برضاء البائع أو بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فان كانت في يد البائع فقضي القاضى بها عليه ثم سأل البائع أن يقيله فاقاله جازت الاقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشترى أما المشترى فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلانه قام مقام المشترى بعد ما قضي القاضى له بها بذلك البيع واقالة المشترى مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشترى في ثبوت الملك له بالعقد الذى باشره المشترى

صار المشترى فى معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت فى يدى المشترى فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشترى بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثانى قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة فى حق براءة المشترى فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشترى وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشترى بمنزلة عقد مبتدإ فيما بينهما ولهذا كانت عهدته على المشترى فينبغى أن لا تجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشترى حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما فى حكم البيع المبتدإ فيجوز فى قول أبى حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما فى حكم البيع المبتدا فيجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قول محمد وأبى يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم فى بيع العقار قبل القبض وبتلك المسئلة استشهد فى الكتاب وقد بيناها فى كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه الاقالة يتبعض حق المشترى ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع يثبت سابقا على ملك المشترى عنده فاذا قضي القاضى بحقه فملكه لا ينبنى على ملك المشترى بل هو يقوم مقام المشترى فى الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالعقد ألا ترى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشترى فى الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشترى لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذى اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ماانفسخ عقده يكون حاله فى الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتي يستوفي الثمن فكذلك المشترى بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها فى يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكيلا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ تباع فيه الدار حتى ينفذ ذلك لم يجز بيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصى فى جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

استحسان ذهب اليه أبو حنيفة (وفى القياس) لايجوز بيعه الا فى نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تتجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت فى كلها وفى بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشترى بما لا يشترى به الاشقاص واذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم أنه اشتري جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه فى أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر بيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذى هو حقه يوضح الفرق ان الاشقاص لا يرغب فيها كما يرغب فى الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما اذا سلم ولم يرغب فى الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبى يوسف على ضد هذا فقال اذا أخبر بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشتري الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما لجميعها أما اذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واستيفاء فلا يتجزي اسقاطا أيضا ومالا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبى يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لا حق له فى أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولان هذا منه اظهارا لرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفعته كما لو سكت عن الطلب واذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الارض بحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعى فى الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفى القول الآخر يأخذ الارض بحصتها فى الوجهين وأصل المسئلة

في البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى أن فوات الوصف
في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئا من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القولين
فكذلك فوات الوصف في يد المشترى من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع
الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع الارض من غير
ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء من غير صنع
أحد فقد فاته ماهو بيع فلا يسقط شيء من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصودا بتناوله
فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط
حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو وهي منها حائط
كان له أن يبيعها مرابحة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء
بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض
بحصتها من الثمن ولا حق له في البناء لانه قد زايل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق
بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو
انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقض لان الانهدام
لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقض لانه زايل البناء
بخلاف الاول فهنالك المشترى هو الذى قسم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء
يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفا والثمن ألف وقيمة النقض مائة وقيمة الارض
خمسمائة وقيمة التأليف أربعمائة ففي الانهدام يسقط عنه قيمة النقض وفي الهدم يأخذ بحصة
الارض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك ان كان المشترى قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه
أجنبي فاخذ المشترى قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامه البناء له أن لو هدم
بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذى هدم البناء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج
بعد ذلك ما على الذى هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشترى بحصة البناء من الثمن
فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعي عليه حقا يملك الارض بثلث
الثمن والمشترى ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول في مثل هذا
قول المشترى مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي يوسف البينة

بينة المشترى لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا فى مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها أبو يوسف عن أبى حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشترى وعلى الطريقة التى حكاها محمد هناك البينة بينة المشترى وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقى الاختلاف بينهما فى قيمة البناء وفى بينة المشترى اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا فى قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة فى الحال ولان تميز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته فى الحال ممكن فيستدل بقيمتها فى الحال على قيمتها فيما مضي واذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زايل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسليط من المشترى فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشترى ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه فى البناء مادام متصلا بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشترى ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف فى البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشترى فهو بمنزلة الاستحقاق فى ابطال تصرف المشترى فيه واذا سلم الشفيع الشفعة للمشترى وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشترى أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعامه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالابراء عن الدين وايقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ما اذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا اتخذ المشترى الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبى حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشترى وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزأ شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك مافيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا وهذا لانه فى معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فاذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشترى بناءه المحدث ولو اشتري دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذى كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشترى هو الذى هدم البناء وينقض المشترى بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشترى ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول الشافعى وجه قولها ان المشترى بنى فى ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له اذا بنى فى الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء اذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فانه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا بناءه تضرر المشترى بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حقه وان لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة فبمقابلته يدخل فى ملكه ما يعدله والضرر ببدل أهون من الضرر الذى يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ فى الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ مازاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشترى لان فى ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتنا فى ذلك أنه بنى فى بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وبيان الوصف أن حق الشفيع فى هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشترى فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه فى غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعنى حق الاخذ باصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هنالك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء ألا تري أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشترى بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف
لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين
بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق
المشترى ثم البناء الذى يدخل فى ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك
لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفى الزرع قياس واستحسان فى القياس يقلع زرعه
وفى الاستحسان لا يقلع لان لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على
المشترى بخلاف الغراس والبناء وأصله فى المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المعير ولا يقلع
زرعه استحسانا واذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل القرات يجرى فيه الماء ولا
يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت
فى الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل
والشافعى فى كتابه يدعى المناقضة علينا فى هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء
لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم
اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس
بمقابلة الوصف شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض
فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من
أخذه والانتفاع به فان قال المشترى ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول
قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسئلة قيمة البناء سواء
فى التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ
ما بقى بحصته من الثمن والقول قول المشترى فى مقدار المستحق من الباقى لان الشفيع يدعى
حق التملك عليه فى الباقى بثمن ينكره المشترى ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب
الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان فى اثبات حق
الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشترى
للشفيع بالثمن الذى أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمى بغير قضاء فى حكم
البيع المبتدا ولو باعه المشترى ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع
ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ فهذا مثله واذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة مايعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشيئة لا يتصور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بان باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته والثابت للوارث جوارا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبني على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله واذا مات المشترى والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو الوصي في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشترى في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها اما لجهله بحق الشفيع أو بناء على أنه رعالا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى وانما يبيعه القاضي في دين المشترى ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ اشارة الى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره عن

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفعته وعلى هذا عامة مشايخنا الا أن
هشاما ذكر فى نوادره انه اذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته ما لم يتطاول سكوته
وكذلك قال كما إن سمع سبحان الله أوقال الله أكبر أو قال خلصنى الله من فلان ثم طلب
الشفعة فهو على شفعته وكذلك اذا قال بكم باعها و متى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام
لاتبطل شفعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طالت الى ثلاثة أيام فله الشفعة
وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفعته مالم يبطلها صريحا أو دلالة
بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل
حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة أو يتضرر به فيطلب الشفعة ومثل هذا
لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا
قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها وفى
رواية الشفعة كنشطة العقال ان أخذ بها ثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب
فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل هذا منه
دليل الرضا تضرر به المشترى فانه يسكت حتى يتصرف المشترى فيه ثم يبطل تصرفه عليه
وفيه من الضرر مالا يخفى الا أن الكرخى جعل له المجلس فى ذلك لحاجته الى الرأى والتأمل
فهو كالمخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو
أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولفظة
الطلب لم يذكرها فى الكتب والظاهر أنه بأى لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا
أنه روى عن أبي يوسف أنه يذكر فى طلبه البيع والسبب الذى يطلب به الشفعة من جوار
أوشركة فان طلبها فابى المشترى أن يدفعها اليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة
كان على شفعته لانه أظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو
بحضرمن المشترى فالجواب واضح وكذلك ان كان بحضر من الشهود ينبغى له أن يشهدهم
على طلبه ثم يتوجه الى من فى يده الدار أوالى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على مانبينه
ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى له أن يطلب الشفعة فالطلب
صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له أن يطلب حتى اذا حلفه المشترى
أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتى الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هذا طلب المواثبة ثم يأتي الي من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شئ أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفعته استحسانا لانه لولم يسقط حقه تضر به المشترى فانه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر فى حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسئلة اليمين لتقضين حقه عاجلا فقضاؤه فيما دون الشهر بر فى يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته حتى ان كان القاضى يجلس فى كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفعته وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع فى غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفعة لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفى الكتاب لا بل لا قيمة للشفعة على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه فى شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفى براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذى ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح فى زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له فى المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يتملك على المشترى شيئا قبل الاخذ فتسليمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك فى ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمى والثانى أن يصالح المشترى على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البدل وذلك جائز اعتبارا

للبعض بالكل والثالث لوصالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفعته لانه مارضي باسقاط حقه وانما أظهر الرغبة في أخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفعته في جميع الدار ولو قضى القاضي للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع ملكها ببدل بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم مالو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان القاضي يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضي القاضي له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشترى ولكنا نقول مالم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشترى أحق بامساكها الى أن يستوفي الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشترى واذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطلب الشفعة ويشهد على الطلب والغيبة لا تمنع صحة الاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه الى من في يده الدار من غير تأخير ليطالب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائباعنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ بقدر المشتر وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشترى عنه أو خرج من البلد فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفعته وان طالت مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في طلب التقرير اذ ليس في وسعه أن يتبع المشترى فربما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فاذا ظهر المشترى ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشترى قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقهم ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا قضي القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشترى أن يردها عليه على أن يزيده في الثمن كذا ففعل ذلك فردها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبي حنيفة أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمى فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفاسد من الشرط في الثمن لا يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من الثمن الاول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا بجعل الاقالة بيعا مبتدء مع تسميتها زيادة في الثمن لان الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الاول فاما على قول الآخر بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدا اذا أمكن وهنا يمكن جعله بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في الكتاب اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط وكذلك لو طلب اليه المشترى أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المشترى تجوز مع البائع لانه قام مقام المشترى بعد ماقضي القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة في الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما يشهدان لانفسهما فبثبوت البيع ثبت حقهما في الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشترى ولا شفعة لهما في ذلك بعد ماسلما الشفعة وان جحد المشترى الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فللحاجة الى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه . قال
(واذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع)
لفوات القبض المستحق بالعقد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري
فجاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد
بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان
المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما في
الغاصب وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي
بعتني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه
ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع
فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه
بمنزلة ابتداء التمليك من هذا الوجه والبائع يدعي ثبوت حق التمليك له في هذه العين
والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا * يوضحه ان البائع
لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس
بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن
كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون
التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم آن زمن
الخيار رد المبيع بمحضر من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم
الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه
لنفسه * وان قال المشتري قد أجزته وقال الذي له الخيار قد رددته فان سبق أحدهما فان
تصرف السابق منهما أولى اذا كان رداً كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد
والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين
بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولي لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد
على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا
اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت
البيع * وقال الذي له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون فى هذا تبعيد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الآمر بالبيع على المشترى أنه باعها من غيره لا تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفعته فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ماالتزم به من العهدة والمشترى يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ماالتزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ماباع بالشفعة فكذلك عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسبه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب فان شهد إبنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة فى الوجه الاول والدار فى يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين فى ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه لاحق للمكاتب فى ملك مولاه وهو فى البيع الذى باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد أبنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم الشفعة حين كانت الدار فى يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ماسلمها الى المشترى وقيل تأويل هذه المسئلة ان الدار فى يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بانه سلم

الشفعة للمشترى ليسقط حقه به فى الاخـذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار فى يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الي المشترى وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعد منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان فى المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لا تقبل قلنا نعم ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا ترى ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يؤثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لا على أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشترى فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار فى يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدان لابيهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها الى المشترى فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو يشهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشترى لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما فى حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الى المشترى فاما بعد التسليم فلا منفعة لابيهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضها المشترى ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسئلة يتضح ما بينا من التأويل فى المسئلة الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشترى على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشترى سلما الدار قضيت بها للذى هى فى يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما فى دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فانى أقضي بها للذى هى فى يده وهذه مسئلة التهاتر وقد بينا فى كتاب الدعوى أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف تتهاتر البينتان وعند محمد يقضى بالبينتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضاوان لم ينص عليـه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح بهشهوده قال الشيخ الامام والاصح عندى ان جواب مسئلة الشفعة قولهم جميعا وان هذاليس نظير مسئلةالتهاتر فان هناك محمد يقضى بالبينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهاتر لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبـه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشترى وذلك لا يوجد هنافالشفيع بتسليم الشفة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشترى ولكن وجه هذه المسئلة أن تسليم المشترى الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان متى تعارضتا وأحداهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لوأقام البينة على انه اشتري هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينةانمولاهأعتقه يوضحه انا نجعل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع سلم الشفعة أولا ثم سلمهاالمشترىله فما لم يخرجه من يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع اذا كانت فى يديه وان كان المشترى سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا قضى بالدار لذى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشترى قد سلمها للشفيع وهى فى يدى المشترى وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشترى فانى أسلمها للمشترى واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثانى ان بنى البائع يتهمان في شهادتهما بتبعيد الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشترى يخاصم اباهما فى عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه فى ذلك بعد ما سـلمها بالشفعة الي الشفيع فلهذا لا تقبل شهادة ابنى البائع هنا واذا سـلم الشفيع الشفعة ثم وجـد المشترى بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذهالانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدا لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكنا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بمنزلة البيع المبتدا فى حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة فى حق غيرهما فيتجدد به حق الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضى بالرد فسخ وليس بعقد فان للقاضي ولاية فسخ العقد الذى جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشترى حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ من كل وجه ألا ترى أن الراد ينفرد به من غير أن يحتاج الى رضاء أو قضاء القاضى فهو نظير الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذى تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا فى قديم ملكه واذا لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا فيتجدد به حق الشفيع والرد بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان مشترى شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى واذا كان لرجل على رجل دين يقر به أو يجحده فصالحه من ذلك على دار أو اشترى منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة أما فى الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين أقدم على الشراء به وفى الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان اختلف هو والشفيع فى مبلغ ذلك الدين وجنسه فهو بمنزلة اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت الى قول الذى كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول له في بيان المقدار واذا أقر الرجل أنه اشترى دارا بالف درهم فاخذها الشفيع بذلك ثم ادعي البائع أن الثمن الفان وأقام البينة فانه يؤخذ ببينته لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشترى بالف أخرى لان الشفيع انما يأخذها بالالف الذى سلمت به للمشترى وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم لانه صار مكذبا فى اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين لانسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبته يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه باعها اياه بمائتى دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف درهم وأقام البينة فانه يقضي له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشترى بقدر ماقبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع على المشترى بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشترى على الشفيع قيمة العرض الذى وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري فى ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين على المشترى وقد بينا هذا فى البيوع فايهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشترى بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبى حنيفة ومحمد بين هذا وبين مااذا كان الاختلاف بين المشترى والشفيع وكذلك لو ماادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشترى بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فبينة البائع أولى بالقبول لانه يثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المعاوضة فى الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعاينة ولو كان لكل واحد منهما شفيع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتخذ شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احداهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيعا شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت فى جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغيبة الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشترى من حيث تبعيض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أويدع واذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشترى وان قال المشترى لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت فى جميع الدار وأكثر مافى الباب ان الغائب قد سلم له شفعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشترى على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفعه وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشترى بالدرك سبيل لانه ضمن للمشترى الدرك والشفيع غير المشترى والضامن لانسان شيئا لايكون ضامنا لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشترى لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشترى بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة إبنيه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابينهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين فى ذلك لاتقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشترى كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة تقران ما يصح بهما واذا أشهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفعة ولم يجيء الى المشترى ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ماتمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لايتم الاخذ وهو على خياره مالم يتم أخذه بالشفعة واذا شهد البائعان على المشترى ان الشفيع قد طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقر أنه علم به منذ أيام وقال المشترى ما طلب الشفعة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كالوشهدا على المشترى بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع فى الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبته بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أوفى يد المشترى لان هذا فى المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لايكون شاهدا فى هذا امالانه خصم فيه أولانه كان خصما فيه فى وقت واذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لأنهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وان قالا قد سلمناها معه ولابن أحدهما شفعة أولابنه أولمكاتبه أولزوجته فشهادتهما باطلة لانه متهم فى حق هؤلاء كما فى حق نفسه وكما لاتقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه فكذلك لاتقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بما قابله من المسمى وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لامثل له من جنسه فوجب المصير الى الضمان الأصلى وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رقبة الدار وحجتنا فى ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشترى والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أوفى معنى المالية فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وان كان ممالا مثل له من جنسه يأخذه بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشترى فقد صار متقدما عليه فى تملكها بهذا السبب وفى معنى التلف على المشترى ماغرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشترى من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا فى الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا فى ذلك أن بدل الدار فى حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشترى وذلك لايمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشترى وهذا لان البيع مثبت

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقايلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك اذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البدل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشترى بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل الدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشترى بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفر ان كان أخذها بقضاء القاضى فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشترى قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشترى فبقيت الدار في يد المشترى بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه ردعينها حين أخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا ولكنا نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشترى رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشترى على تسليم القيمة التى هي حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة آلاف وقيمة العبد الف فانما سلم للمشتري مقدار الالف درهم فاذا لزمه للبائع عشرة آلاف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يخفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا ترى أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر اليه فكما لا يجعل بيعا مبتدأ اذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضى فكذلك اذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشترى دفعها اليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسماها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهى جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذى لاتكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بغير قضاء بمنزلة المبيع المبتدا بخلاف ماتقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشترى للبائع قيمة الدار لانه لما استحق العبد وجب عليه رد ماقبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجه اياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لوكان المشترى باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لانه كان مالكا للدار حين التصرف فنفذ تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها واذا اشترى دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العرض فان كان قائما بعينه يقوم فى الحال فيتبين بقيمته فى الحال قيمته عند العقد وان كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لانهما اختلفا في مقدار مايلزم الشفيع من الثمن وان أقاما البينة فعلي طريقة أبي يوسف عن أبي حنيفة البينة بينة الشفيع لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن أبي حنيفة البينة بينة المشترى في هذه المسئلة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان ماصدر من المشترى ههنا اقرار ان وهذا نظير ماذا اختلفا فى قيمة البناء الذى أحرقه المشترى وان اشتراها بشيء مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما فى ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل فى العقد بصفة السلامة وانما يقوم في حق الشفيع علي الوجه الذى صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشراء الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد الى العبد أو الى الدار واذا اشترى بناء دار على أن يقلعه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشتر معه الارض والبناء بدون الارض منقول ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق فى شراء البناء بدون الارض فان اتصال أحد الملكين بالآخر لايكون اتصال تأبيد وقرار والدليل عليه انه انما يستحق بالشفعة مايستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الارض لايستحق بالشفعة فاما من له بناء علي أرض موقوفة اذا بيعت دار بجنبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الا تبعا للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة فى هذا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأتى ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشترى دارا بخادم نخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشترى يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشترى الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوى الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل ما يرغب في ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في أخذ العشر لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقى لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لابطال حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسلمها اليه ثم يشترى منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشترى شريك في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقى منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفعته أو يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فاذا رضي بذلك وساومه بطلت شفعته والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الابراء وللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية في أحد البدلين يمنع

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

انعقاد العقد واذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعنى أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا مقدار حصته واذا اشترى بيتا من دار علوه لآخر وطريق البيت الذى اشترى فى دار أخرى فانما الشفعة للذى فى داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبى يوسف فى الامالى ان هذا استحسان وفى القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفل فى القياس ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والارض وسقف السفل كله لصاحب السفل ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الاراض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأبد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفل أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

باب الشفعة في الارضين والانهار

(قال رحمه الله والشريك فى الارض أحق بالشفعة من الشريك فى الشرب كما ان الشريك فى نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الطريق) لقول على وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعنى عند وجوده لا شفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث فى استحقاق الشفعة بالشريك فى الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة فى الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك فى الطريق قال والشركاء فى النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجرى فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء فى الشرب معنى هذا القول أن الشركة فى الشرب بمنزلة الشركة فى الطريق ففى

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفى النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف فى حد النهر الصغير أن يستق منه قراحين أو ثلاثة فان جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجرى فيه السفن وكل ماء يجرى فيه السفن من الأنهار فى معنى ذلك وما لا يجرى فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء فى النهر وان كانوا مائة أو أكثر فان كان بحيث لا تجرى فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الاربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه الي التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأى لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ماقلنا أن يكون بحيث تجرى فيه السفن واذا زرع المشترى الارض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لانه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب اذا زرع الارض المغصوبة ولان المشترى كما لا يتمكن من ابطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه لان التأخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لان المشترى زرع فى ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولان لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظار ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تأخر قليلا واذا قلع زرع المشترى تضرر بابطال ملكه وماليته وضرر التأخير دون ضرر الابطال فان كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقلع ذلك ويأخذ الارض لانه ليس لفراغ الارض منها نهاية معلومة وقد بينا فى البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى حتى اذا طلب الشفعة تأخر التسليم اليه الى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشترى فى زرعه ولكن لا يجوز ابطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى وفي التأخير لا الى غاية معلومة ابطال واذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك اذا اشتراه مطلقا لان الارض لا تدخل فى هذا الشراء والنخل بدون الارض كالبناء لا يستحق بالشفعة فان اشتراها باصولها ومواضعها من الارض ففيها الشفعة لانها تابعة للأرض فى هذا الحال وكذلك ان اشترى زرعا أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وان اشتراها مع الارض وجبت الشفعة فى الكل استحسانا وفى القياس لا شفعة فى الزرع لانه ليس من حقوق الارض وتوابعها ولهذا لا يدخل فى البيع الا بالذكر فهو كالمتاع

الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض مالم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالابواب والشرب الركبة يوضحه أن الشفيع يقدم علي المشترى شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى بخلاف ما اذا لم يحصد حتى حصد الزرع لانه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد علي الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع واذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاثمرت في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشترى من الثمر لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع يوضحه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشترى من بيعها مرابحة حتى يبين وهى فى ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذى رجع اليه أبو يوسف أن المشترى يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشترى وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشترى بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يجعل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما في يد المشترى كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشترى فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقط عن المشترى حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجذها المشترى أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلي قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر في ذلك الوقت قيمة الاشيئا يسيرا فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال اقسم الثمن على قيمة الارض مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك واذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فأثمرت أو كان فيها زرع فادرك فللشفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالارض والشجر يتبع مابقي الاتصال واذا اشترى بيتا ورحاماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا ترى أن الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحجتنا في ذلك مارويناه من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شئ ربع أو حائط ولان الحمام لوكان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه في الحال فقد تلحقه في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجمة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع في الدار والارض فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نفط أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه ينبع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف السمك الا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدري أيجري الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحكي عن أستاذه انه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتي بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأبيد والقرار بل للادراك فهو اتصال بعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذكر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ماقال هنالك اذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ماذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لاتصاله في الحال والامتعة الموضوعة تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما مالا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلمنا أنهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقها لم يدخل فيها الثمر الزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقها فانما يطلق هذا اللفظ على مابه يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذكر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكنيف والشاع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وعند

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أبي يوسف ومحمد تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لأنها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هى خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنهامن مرافق الدار اذا كان مفتحها الى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذى والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشئ آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو فى البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أولم يذكر مالم ينص على العلو لان البيت اسم لمابات فيه والعلو فى هذا كالسفل وكان نظير بيتين أحدهما بجنب الآخر وهذا لان الشئ لا يكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هوله أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت إسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل إسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشترى المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفى شراء الدار اذا كان لها طريقان أحدهما فى السكة والآخر فى دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذى فى الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان فى الدار أوفي القرية باب موضوع أوخشب أوآجر أوجص لم يدخل ذلك فى البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أومنها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الاشياء وهى بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أوكان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أوساوم بها فقد بطلت شفعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشترى فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيام دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد وهي من النقليات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجذها والبناء ليهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا فى الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق اذا ملكه بسبب غير السبب الذى ملك الارض به واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشترى شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له أن يأخذ ماقطع من ذلك وللشافعي قول أن حق الشفيع متي كان ثابتا فى البناء والشجر فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكنا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الأتصال بالارض فاذا زال ذلك قبل الأخذ لا يكون له فيه حق الأخذ كما لو زال جوازه ولكن يطرح حصته من الثمن عن الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع واذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ولآخر أرض فى أسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تأبيد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة يكون مفتحها فى أرض ويظهر ماؤها فى أرض أخرى لجيرانها من مفتحها الى مصبها شركاء فى الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع وبالاتصال فى جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجري النهر فى أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك فى المبيع مقدم على الجار واذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجراه فى أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب أسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم أستووا فى سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فلم يسل الماء في أعلا النهر لا ينتهي اليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وانما يترجح على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحها بين رجلين الى ماكان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلهذا كان شريكه في اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكري منه النهر الى أرضه ثم بيع النهر الاول ومجراه في أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار واذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحاماء في بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الارض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلبا الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب الى الرحاء لان الرحاء لا تستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضا لها في ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم اليها أولى بالشفعة وهذا اشارة الى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصا له عليه أرض ولآخر عليه أراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لا يصال ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض أولاهم بالشفعة لانه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعني من يلازق أرضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والارض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق الارض أولاهم بالشفعة في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الارض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين ليميز أحدهما عن الآخر لان جوار هـذا غير جوار هذا ولو كان شريكا فى الطريق أخـذ شفعته من الدار لان الشريك مقـدم على الجار وكذلك ان كان شريكا فى النهر أخذ بحصته من الأرض وكان أحق بهما جميعا من جيران الارض والطريق والنهر سواء في كل شئ وقد بينا ذلك فى أول الباب والله أعلم

باب الشفعة فى الهبة

(قال رحمه الله اعلم بان الموهوب لا يستحق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى) فانه يقول يستحق بالشفعة اذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفى استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته الى دفع ضرر البادى بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختـلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأى سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك لا يتجدد به وانما يبقى الوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك فان كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وان لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكنا نقول حق الشفعة انما يثبت له اذا تمكن من الاخـذ بمثـل السبب الذى به يملك المتملك فاما اذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفى الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا انشاء سبب آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية يوضحه أن الشرع قدم الشفيع على المشترى فى حكم السبب الذى باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى فى التـبرع لان الملك الذى يثبت للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع فى المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فاذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالاخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع فان من أراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولا على جاره ولا أن يهبه من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل دارا على أن يهبه الآخر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ألف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع فيه مالم يتقابضا وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ماينا فى كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع اذ اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو بيع لازم له وان لم يقبض لان الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك اذا كان بشرط العوض فهو على وجهين ان قال قد أوصيت بدارى بيعا لفلان بالف درهم ومات الموصي فقال الموصي له قد قبلت فللشفيع الشفعة وان قال أوصيت له بان يوهب له على عوض الف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء فى الحكم وان وهب نصيبا من دار مسمى بشرط العوض وتقابضا لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لانه بر ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك ان كان الشيوع فى العوض فيما يقسم وان وهب دار الرجل على ان ابراءه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لان المديون قابض للدين بدينه فبقبض الدار تم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعه والقول فى مقدار العوض قول الذى عوض لان الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الابراء مما يدعي فى هذه الدار الاخرى وقبضها فهو مثل ذلك فى الاستحقاق بالشفعة لان التملك فيها تم بجهة المعاوضة واذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضا فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة فى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لايجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصى والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب فى قول أبي يوسف الاول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض اذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفى قوله الآخر كل من لاتجوز هبته بغير عوض لاتجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الاول ان هذا تمليك مال بمال يبادله شرطا فيصح من الاب والوصى كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التمليك وتحقيقه أن حق الصبي فى المال لا فى اللفظ وتصرف الاب والوصى مقيد شرعا بالاحسن والاصلح لليتيم وذلك فى أن يتوفر عليه المالية لا فى لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فاذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما فى البيع بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه مالم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصي بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفلسه لا يدرى أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب و لوصي ولاية التبرع في مال اليتيم فباشتراط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل مااعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلام أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فكذلك اذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

باب الخيار في الشفعة

(قال رحمه الله واذا كان المشترى شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشترى فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشترى ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقي في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشترى حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشترى يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشترى صار أحق بالتصرف فيها فباعتباره يتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشترى أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشترى ولو كان المشترى بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت ومالم ينقطع حق

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

البائع في الاسترداد لايجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشترى خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقرره وكذلك عندهما بعد مضى الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع فى الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ماكان للمشترى لان خيار الشرط كاسمه لايثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولي فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشترى لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فاقدام البائع على ما يقرر ملكه فى مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشترى من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة له كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخى يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لايملك المبيع فى مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر والمستعير فكيف تثبت للمشترى الشفعة فى هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخى فانه لو لم يكن الملك معتبرا فى استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكنا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فللتحرز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما تملكها الآن فلا يصير بها جار الدار الأخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشترى لان أخذ الشفيع من يده لاينفي ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلايتبين

به انعدام السبب فى حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة وإذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ثلاثا لمشترى الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشترى البيع وأبطل خياره سلم العبد للبائع فان أبى أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذى أخذها من الشفيع الى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشترى للبيع واسقاطا لخياره فى العبد بخلاف ما اذا باعها المشترى فذلك اختيار منه لان البيع تصرف ببينته واختياره فيكون دليل الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشترى ألا ترى انه كان له حق الأخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف مالو حدث بها عيب عنده أوعرفت لان تعذر الرد عليه فى هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقا على قبضه فلهذا لا يجعل ذلك اختيارا منه ويبقى هو فى العبد على خياره فاذا فسخ العقد فى العبد يجعل هذا بمنزلة مالو انفسخ العقد فيه بالهلاك فى يده قبل القبض فعليه أن يدفع الى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لانها هى التى سلمت له بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لوكانت فى يده ولو كانت الدار في يد البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشترى لانتقاض البيع بينهما حين أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار فى يد المشترى فهلك العبد فى يد البائع انتقض البيع ورد المشترى الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض فى يد مشترى الدار ولو كان الخيار لبائع الدار فيها أوفي العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتي يوجب البيع لان أحد المتعاقدين اذا شرط الخيار لنفسه فى أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار فى العوض الآخر وان كان الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبى حنيفة ولا شفعة فى ذلك الا أن يسقط خياره قبل مضى ثلاثة أيام وعند أبى يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لا تجب الشفعة حتى يسقط خياره أويسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب

باب مالا يجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا فى النكاح ان المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لايتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذى يملك به الجار الحادث وأخذه لايكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لاشفعة في المجعول بدلا فى الخلع والصلح فى القصاص فى نفس أو عضو لان الشفيع لايتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولايمكن اقامته مقام المتملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لايستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقالان الشفعة ليست بمال فى الحقيقة وانما يجعل لهاحكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا فى كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها ألفا وذكرنا انعند أبى يوسف ومحمد تجب الشفعة فى حصة الالف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبى حنيفة لاتجب الشفعة فى شئ لان البيع هنا بيع للنكاح (واذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو الاصل لايوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لهاداره مهرا أوصالحها على أن يجعلها مهرا لها أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى فى العقد وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففى لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر علي الدار فللشفيع فيها الشفعة لان فى لفظهما مايدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذى استوجب عليه والذى استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضى لها مهرا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاها الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالمتعة وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شئ من الدار على الزوج وانما لزمها من الدار مافرض القاضي مهرا لها يحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفى المسمى فى العقد يعطيه نصف المسمى واذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة فى الدار في قول أبى حنيفة لان الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لايستحق بالشفعة فكذلك مايتبعه وعند أبى يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزء بالف درهم لان الدار

تقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمة الدية ألا ترى انه اذا تعذر استيفاء القود يجب المصير
الى الدية والدية عشرة آلاف فاذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة
أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك
بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التى فيها القود وان صالحه من موضحتين احداهما
عمد والاخري خطأ على دار فلا شفعة فيها فى قول أبى حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد
يأخذ الشفيع نصفها بخمسمائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد
القود فاذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو
حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس ألا ترى أن موجب
موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلي عواقله
واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لاتجب فى البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل
أو قياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفى المال ربح
فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار
أن البيع كان له فلا تجب الشفعة فى البيع أيضا وان صالح من كفاله بنفس رجل على دار فلا
شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا
فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء
ماليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل فى قصاص واحد
أو مال ففى حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذى يطالب به
فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي
عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذى صالح على ذلك جاز
الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله أجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكها
عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه
الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض
فى الصلح الفاسد كالاشفعة فى البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة على دار فطلبها
الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها
الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدإ وللاب ولاية البيع فى دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة فى البيع الفاسد ان قبضها المشترى أولم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه فى استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار الى جنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع فى الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام حق المرتهن فى الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفعته فى تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولاشفعة للبائع فيها لانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التى يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فانه لايستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشترى منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار واذا اشترى دارا شراءا فاسدا وقبضها وبناها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشترى فيرد الدار على البائع لانه بنى فى بقعة غيره أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد على صاحب الحق كالمشترى اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء يبع لحق الثابت في الاصل بصفة التأكيد لايبطل بمعنى فى البيع ثم حق البائع فى الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا ترى أنه لايبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له وعليه شرعا ثم بناء المشترى فى ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى أرأيت لوهدم المشترى بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لاوجه لمنعه فالمشترى اذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردها بالعيب فلأن يردها بفساد البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب فى الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى فى البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى فى ملك نفسه بتسليط من له الحق فلاينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف أن الحق فى الاسترداد للبائع فهو الذى سلط المشترى على هذا البناء بايجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع بقى معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشترى من البيع والهبة والصدقة لاتنقض لحق البائع فى الاسترداد وما كان ذلك الا
باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشترى على التصرف
ولهذا ينقض سائر تصرفات المشترى لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذا عرفنا هذا فنقول
عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع فى الاسترداد وعند أبى حنيفة يجب للشفيع
فيها الشفعة لان حق البائع فى الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء
المشترى لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبى حنيفة فيقولان لاقرار لهذا البناء
بالاتفاق لرفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار فى
حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع فى الاسترداد ولكن لاقرار له فى حق
الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشترى فيها كالبيع
والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول
فان باعها المشترى بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثانى بالثمن المسمى وان
شاء أبطل البيع الثانى وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له
فيأخذ بأى السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشترى هنا حصل
فى غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه فى البيع لان البناء بيع للأصل وفى
هذا القول اشكال فالشفيع اذا نقض البيع الثانى فقد صار ذلك كان لم يكن وقيل البيع الثانى
يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثانى من الاصل ولكنا
الجواب عنه أن البيع الثانى من الاصل الثانى صحيح مزيل لملك المشترى وانما ينقض لحق
الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه فى الاخذ
بالشفعة وان اشتراها شراءا فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه
الدار بالشفعة لان الاول فى ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الي
المشترى بطلت شفعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها
للمشترى لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان
مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصرانى فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال
متقوم فى حق المسلم منهما وفى البيع الفاسد لاتجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها
كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير فى حقهم مال متقوم كالبعير

والشاة فى حق المسلمين فان كان شفيعها نصرانى أخذها بمثل الخمر المشترى بها أو بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فيأخذها الشفيع بمثل ماملك به المشترى صورة ومعنى وفى الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر النصرانى عند الاستهلاك مضمون على النصرانى بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك فى حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول قول المشترى بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراءا فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها فى قياس قول أبى حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشترى لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع فى الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر مانقص الارض من عمل المشترى لانه فى معنى المتلف لجزء منها وقد بينا أن ما يتلفه المشترى حصة من الثمن فى حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبى يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها فله القيمة فى قياس قول أبى حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كما لو بنى فيها المشترى بناء آخر وذكر هلال فى كتاب الوقف أن حق البائع فى القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق فى العبد الذى اشتراه شراءا فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري فى عين ما ملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع فى الاسترداد فاذا تصرف فيه بابطال الملك أولى فان باع نصفها بيعا صحيحا رد النصف الثانى على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع فى الاسترداد فيه وبين أن يأخذه بالبيع الثانى بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذه بالثمن الآخر يتصدق المشترى بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يغرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خبيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

باب الشفعة فى المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز وقد بينا أن الشفيع يتقدم على المشترى شرعا فى ثبوت الملك له بالسبب الذى يملك به المشترى وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالفين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لوارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لوارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت فى حق المشترى فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر فى كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها بقيمتها ان شاء والاصح ماذكرنا هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشترى للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لايجوز في قول أبى حنيفة ويجوز فى قولهما لانه ليس فى تصرفه ابطال حق الورثة عن شئ مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي فى جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشئ فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع فى هذه الحال من الوصية بشئ من ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك فى حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أرد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إيثار البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد ايثاره بالعين وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفى الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للمضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلهذا يمتنع بيعه منه بمثل قيمته وبا كثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثى ماله وليس فى البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شئ من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقراره باستيفاء الدين منه صحيح فى حق الورثة وشئ من ذلك لايصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم فى ديونهم لا فى عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن فى البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شئ مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف مانحن فيه والدليل علي الفرق أنه لو كان باع عينا فى صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه فى مرضه صح اقراره فى حق الغرماء ومثله لو باعه من دار به لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه فى حق سائر الورثة والفرق ماذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبى حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر فى موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية فى تصرفه وفى البيع بالمحاباة وصية ألا تري أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبى يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشترى شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ماذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعدموته اذا طلب الموصي له وان الموصى له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة لان بيعه من الوارث لا يجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشترى في تملكها بالسبب الذي باشره المشترى اذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشترى دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشيء من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به قلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشترى شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمى من الثمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشترى فكأنه أوجب الوصية بالمحاباة للمشترى ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه شفيع آخر أولى أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمته كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة مالو سلم أحد الشفيعين شفعته وان باعها بالف درهم وهي تساوى ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشترى ان شئت فخذها بثلثي الالفين وان شئت فدع لانه حاباه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الألفين الا أنه يتخير في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي الالفين وأى ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشترى وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشترى يعمل فى ابطال حقه لا فى ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخا البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلثى الالفين لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالفين الى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالاجل باطل لان المحاباة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل فى شئ ولكن يتخير المشترى بين أن يفسخ البيع أو يؤدى الألفين حالة ليصل الى الورثة كمال حقهم وأى ذلك فعل فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشترى فى حكم هذا البيع كما فى الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالأجل فى الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشترى لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشترى ان شئت فعجل ألفين وان شئت فدع فى قول أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثى قيمتها ويكون الباقى عليه الى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسئلة فى كتاب العتاق وذكرنا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يملكه أصلا كما فى الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند أبى يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعلق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الأجل ولهذا لو رجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الابراء فعلى ذلك الأصل تنبنى هذه المسئلة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع فى هذه المسئلة بعينها وأما الشفيع فالاجل لا يثبت فى حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتي يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح يبيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت فى حق الشفيع فهو مثله فى حق المريض واذا باع المريض دارا أوحابى فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفعته به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

﴿ باب تسليم الشفعة ﴾

(قال رحمه الله واذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشترى حاضر أوغائب فتسليمه جائز) لانه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه على نفسه ولايتعدى تصرفه الى محل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشترى بالدار لانه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءا وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته الى ذلك بعد سقوط حقه فى الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشترى للشفيع أنفقت عليها كذا فى بنائها وإنى أوليكها بذلك وبالثمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم فى موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولنى بذلك واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبى حنيفة يصح ذلك منه فى مجلس القضاء ولا يصح فى غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولا لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح فى مجلس القضاء ومحمد يقول فى اقراره على الموكل بالتسليم بقول أبى حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة فى مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا فى كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما اذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسئلة فى كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله فى القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وأبى يوسف وفى الاستحسان يجوز اقراره فى مجلس القاضى وهو قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف الآخر اقراره صحيح في غير مجلس القاضى وفي مجلس القاضى كاقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فاذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما اذا سلم بنفسه فمن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمة الا أن الوكيل قائم مقام الموكل فى الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضى فيصح تسليمه فى مجلس القاضى عند أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم فى مجلس القاضى وغير مجلس القاضى وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلا لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

وأصل هذه المسئلة في الاب والوصي اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كانهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصي كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصي صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ يملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الابراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا تتوجه عليه العهدة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فاذا سكت الاب والوصي عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصي لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتعاوضين شفعة صاحبه فى دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاوضان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما فى ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجعل أخذ أحدهما فى الحكم كأحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما فى الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجنب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح فى حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب فى بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه فى ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهى من المضاربة وفى يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل فى مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الأخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب فى بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو فى ذلك كأجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته فى الربح وهو فى الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون فى ذلك كأجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ففى مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة ما لو اشتراها

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

واذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيها يأخذان بالشفعة كشخص واحد واذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز ان كان عليه دين أولم يكن عليه دين لان هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض يعد له فان الثمن يبقى كسبا له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان العبد لو أخذها تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من الموكل وان كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد فى الاخذ عامل لغرمائه للمولى والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب ألا تري أنه بعد الاخذ لو باعها المولى جاز بيعه اذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه اذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب شفعته جائز لانه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من صنيع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعته جائز أيضا وذكر فى بعض نسخ الاصل اذا مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبى حنيفة وهذا لامعنى له لان الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه فى الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا أن يكون . وضوع هذا فيما اذا كان اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند أبى حنيفة بمنزلة بيعه واذا اشتري دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع فى ذلك لان الرد بخيار الرؤية فسخ من الاصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته فى الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه أخذه اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشترى وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك اذا أخذ دار بالشفعة بيعت بجنبها واذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف درهم فبيعت دار الى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان كل واحدة منهما مشغولة برأس المال والمضارب شريك فى الربح ولا ربح فى واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت فى المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبدين لم ينفذ عتق المضارب فى واحد منهما ولو كان فى احدهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ الدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعته بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج اليه منها فيكون على شفعته فيها واذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلاف الشاهدين فى المكان والزمان لا يوجب اختلافا بينهما فى المشهود به واذا سلم الشفعة فى منزل وهو شريك فى الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيهما وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه فمما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم فى جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشترى أن البيع كان بلجئة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا تري انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فاذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى واذا سلم الشفيع الشفعة فى هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشترى أنها كانت بيعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أو في الهبة بشرط العوض انه كان بيعا وان سلمها فى هبة بغير عوض ثم تصادقا انها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب أو سلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فاذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حقه فى الشفعة واذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل
الوجوب فالهبة بشرط العوض انما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب
الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم
وتقابضوا فذلك باطل فى قول أبي حنيفة جائز فى قولهما لان الشيوع فى الهبة بشرط العوض
كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض فى كتاب
الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم
وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلما اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام
الشيوع في الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوع فى الالف حين قبض كل واحد منهما
نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز فى قول أبي حنيفة لان الشيوع فيما
يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة واذا اشترى
الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ إحديهما دون الاخرى فليس له
ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله
بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال
زفر له أن يأخذ أحديهما دون الاخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة فى مصر واحد أو
مصرين فى ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ
فى كل واحدة منهما وليس فى أخذ احديهما ضرر على المشتري لان احديهما تنفصل عن
الاخرى فهو كما لو كان العقد فى كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكنا نقول المشترى
ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ احديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشترى في حق
البائع تفريق الصفقة بقبول العقد فى احديهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك
فى حق المشترى بخلاف ما اذا كان العقد فى صفقتين وهذا لان الانسان قد يشترى دارين
ورغبته ومنفعته فى احديهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشترى باختيار
الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشترى فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر فى الكتاب أنه
اذا كان شفيعا لاحديهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول فى هذه المسئلة له ان
يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له فى احديهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة
على المشترى فيثبت حقه فى الاخري حكما لدفع الضرر عن المشترى ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له فى احدهما بدون السبب وفى الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشتري عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمى وهو أنه لم يتمكن من احديهما لانعدام السبب فى احديهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب

باب شفعة أهل البغى

(قال رحمه الله الباغى والعادل فى استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البغى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة فى دار الاسلام وأنهم فى ذلك كالمسلمين فاهل البغى فى ذلك أولى الا أن العادل فى عسكر أهل العدل والباغى فى عسكر أهل البغى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطلحوا فهو على شفعته اذا علم واذا كان الشفيع فى غير المصر الذى فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذى فيه البائع والمشترى فهو على شفعته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له فى ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ فى الموضع الذى فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذى فيه البائع والمشترى فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذى فيه الدار فهو على شفعته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشترى أو البائع ان كانت الدار فى يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتى أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الابعد بطلت شفعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا فى مصر واحد فان ترك الاقرب وأتى الابعد فاشهد عنده ففى القياس كذلك تبطل شفعته لان القليل من الاعراض والكثير فى الحكم سواء وفى الاستحسان لا تبطل شفعته لان المصر فى حكم مكان واحد ولهذا لو شرط فى السلم التسليم فى المصر يكفى واذا اتخذ المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد فى ذلك واذا اشترى رجل من أهل البغى دارا من

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البغي فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلا فلا شفعة له لانه كان متمكنا من أن يبعث وكيلا فان كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفعة لانه ما ترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيلا يأخذ الشفعة أبطلت شفعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت أجعله على شفعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله تبطل شفعته بالاعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الشفعة

(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج الى التوكيل في ذلك لقلة هدايته في الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه) لانه يقيم البينة ليقضى له بالوكالة ولا يقضي ببينة قامت لا على خصم حاضر واذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بينة انه اشتراها من صاحبها اذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فان من في يده عين اذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بمحضر من الخصم حتى اذا أجرت الدار فانكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يحلف بالله ما باعه الا أن تقوم عليه بينة بمحضر منه وهذه البينة مقبولة من الشفيع والمشترى جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه في الشفعة واذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فانه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتى يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدها) ما بينا (والثاني) وكيل صاحب الدين اذا طالب المديون بايفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأني فانه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشترى اذا أراد الرد بالعيب فقال البائع أريد يمين الموكل مارضى بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشترى فيحلف فابو يوسف يجعل مسئلة الشفعة نظير مسئلة العيب لان فى فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفى ظاهر الرواية سوى بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشترى فى المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشترى باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لايعود العقد وفى مسئلة قضاء الدين لو أمر المديون بقضاء الدين لايتضرر بذلك ضررا ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه من استحلاف الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسئلة الشفعة فالمشترى لايتضرر بالقضاء بالشفعة من حيث ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار فلهذا لايتأخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضي القاضي للوكيل بالشفعة فأبى المشترى أن يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضى له بالشفعة وان كان المشترى ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك نظرا له واذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضى المقضى له سجلا اذا التمس ذلك ليكون حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا أقر المشترى بالشراء وقال ليس لفلان فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذى وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار لأنه لايتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان يقيم البينة على أن الدار التى الي جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فاذا أقام البينة أن الدار التى الى جنب الدار المبيعة فى يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البينة فالايدى تتنوع ولو علم القاضي انها فى يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك اذا أثبت اليد بالبينة وأصل هذه المسئلة ان المشترى أنكر كون الدار التى فى يد الشفيع ملكا له ففى ظاهر الرواية لا يقضي القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبى يوسف أن القول قول الشفيع فى ذلك فيقضي له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد الا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة واذا كان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلأن يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هنالك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه ليدفع بها استحقاق المدعي وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت الملك بالبينة وهو نظير مالو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج الى اقامة البينة على الحرية لان ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام واذا وجد قتيل في دار انسان فانكر على عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالبينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لانهم متهمون في ذلك فانهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا لا تقبل في ذلك شهادة الفريقين وان أقام البينة أن لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو في بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يعلم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة في الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان على الوكيل أنه سلم عند غير القاضي ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو ما لو وجد في غير مجلس القاضي في الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح في غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح اذا وجد في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضي به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي أنه سلم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عندفلان القاضي ثم عزل أوانه سلم عندغير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة
في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فان كان من أقر بشئ يملك
إنشاءه يجعل كالمنشئ لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسئلة الرجوع لا مسئلة تسليم الشفعة فقد
بينا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل واذا شهدا بنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة
أجزت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادة ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة
ابني الوكيل لان ابني الوكيل يثبتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويثبتان له حق الاخذ بالشفعة
وابني الموكل ينصبان نائبا عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار
أن يخاصم في غيرها لان الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا تقييد الوكالة بالدار التي عينها وهو يثبت
الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الانسان بكون الغير نائبا عنه في بعض الخصومات دون
البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزا لانه عمم التوكيل والوكالة
تقبل التعميم وله أن يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له لعموم
الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض غلاته ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة
بالشفعة الا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لانه لا يتوكل الى الخصومة بالشفعة
الا بذلك فتتعدي الوكالة اليه ضرورة واذا وكل رجل رجلا يأخذ له دارا بالشفعة ولم يعلم
الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو
للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في
الشراء فلأن لا يشترط ذلك في التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الاخذ
بالشفعة أولى ثم الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي يملك المشتري الدار به فالتوكيل بالاخذ بمنزلة
التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثر يوضحه
أن الوكيل بالشراء اذا اشترى بأكثر من قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن
التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بغلاء الثمن أراد أن يلزم الآمر وهذا المعنى
لا يوجد في حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير
الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فاظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه واذا وكل
رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع
لنفسه كان به مسلما لشفعته فاذا طلبها لغيره أولى ولما كان اظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

استوى فيه أن يكون المشترى حاضرا أو غير حاضر فان أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك
فان كان المشترى سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لانه ظهر أنه كان مسلما شفعته ولكن
تسليم المشترى اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا فكأنه اشتراها الآمر بعدما سلم الشفعة
وان كان القاضى قضى بها فانها ترد على المشترى الاول لانه لما ظهر أنه كان مسلما شفعته تبين
أن القاضي قضي على المشترى الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه واذا كان
للدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها
للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسليمه شفعة أحدهما عند القاضى
كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق احدهما يبقى حق الآخر فى جميع الدار فاذا أخذها الوكيل له
جاز وان قال عند القاضى قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال انما أطلب شفعة
الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولايهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له
صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لا تمنع الصحة
ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالاخذ ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك
للمجهول لايجوز فلهذا لابد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ واذا وكل الشفيع المشترى
بالاخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا فى ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا يكون
وكيلا عن غيره فى الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع بالاخذ
بالشفعة جاز ذلك فى القياس لان البائع بتسليم الدار الى المشترى قد خرج من هذه الخصومة
والتحق باجنبي آخر وفى الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن
لا يملك شراء شئ لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل فى بعض ماقد تم به وهو البيع
واذا وكل الذمى المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة
لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة
على المسلم وان كان الذمى هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ماصنع الوكيل قبلت شهادتهم وأبطلت
الشفعة لان الوكيل لو أقر بذلك جاز اقراره فان الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا فكذلك
اذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لان شهادتهم على الذمى فى اثبات كلامه حجة واذا وكل رجل
رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدعى يدعي فى الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لان
الوكالة قد انتهت بالاخذ بالشفعة فبقيت الدار فى يده أمانة والامين لا يكون خصما للمدعى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردها به ولا ينظر فى ذلك الى غيبة الذى وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع فى يد الوكيل بالشراء فهو فى حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذه فان كان الشراء وقع بذلك أو باقل فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذى وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فاذا كان الثمن أكثر مما سمى فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع فى الأخذ اذا كان المشترى إنسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشترى غيره فلهذا اعتبرنا تقييده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذى لم يولد بعد فهم فى الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباعتبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أو شركة واذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركتهم فى الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لا كثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لوكان بعض الشركاء فى الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته فى ذلك وان اشترى دارا بجارية وتقابضا ثم ولدت الجارية لاقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة فى ابطال ما يحتمل النقض والقضاء بالشفعة يحتمل النقض كنفس البيع ثم بدعوي النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا فى الاستحقاق نظيره فكذلك اذا أثبت الولد لامته واذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفى العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضي كل غلة له أو بيتمها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة فى كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يرد على هذا فى القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل فى ذلك وفى الاستحسان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا أطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضى الدين شك بلا بينة وان قال تقاضى دينى أوأرسله يتقاضاه أووكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أوابنه أو أجيره الذى هو في عياله بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالمودع فى الوديعة واذا وكله بتقاضى دين له على رجل بعينه وسمي له ماعليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمى له وهو تقييد مقيد فقد يأتمن الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لا يستطيع رده لانه ممتثل أمره فانه لا يتمكن من الاخذ بعد مااحترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله فى الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم فى هذا اذ لا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشتراه باكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة فى حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلاحدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضى لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضى كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء واذا سلم أحدهما الشفعة عند القاضى جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ماصنع بمنزلة مالو وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكيلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثانى أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يجز صنع الوكيل الثانى وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ماصنع الوكيل الثانى على الامر لان ذلك وراء اجازة ماصنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان فى حق الغير لا يسوى غيره

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثانى كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشترى من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفعته وهذا لان التأخير انما جعله محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشترى وينعدم ذلك عند التماس المشترى بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشترى من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

﴿ باب شفعة أهل الكفر ﴾

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشترى صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهى مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فيأخذها بقيمته وان اشتراها بميتة أو دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال متقوم فى حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء فى الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم فى ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمى الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذمى نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عين تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدى الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد فالاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد علي الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع فى الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم فى الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذها بمثل تلك الخمر لان من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم فى الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين واذا كان اسلام أحد المتعاقدين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لان حكم العقد فى الخمر ينتهى بالقبض والاسلام لا يمنع قبض الدار فاذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشترى وهو متمكن من نقض ما المشترى وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشترى فبيعت الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثانى كما لو كان المشترى هو الذى باعها بنفسه ولو كان المشترى للدار بالخمر ذميا فاسلم وارثه بعد موته كان للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشترى هو الذى أسلم بنفسه واذا اشترى الذمى من الذمى دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشترى ثم استحق نصف الدار فنقول ان كان المشترى هو الذى أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشترى أو أسلما معا بقى النصف المستحق ويأخذ المشترى نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد من الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا فتخللت فانه يأخذ الخل ولا شئ له غيره فاما في النصف الذى لم يستحق المشترى بالخيار لبعض الملك عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على أحد وهذا اذا كانت الخمر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقى لانه لو ردها ردها بغير شىء ولا سبيل له على الخل لان العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمرا فى الذمة فعند الفسخ يعود حقه فى ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اذا كان البائع هو الذى أسلم دون المشترى أو أسلم البائع أولا ثم المشترى فكذلك الجواب عنـد أبي يوسف فاما على مارواه زفر وعافيه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسـلام الطالب والمطلوب فنقول فى النصف المستحق بالخياران شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع فى هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض فى يده حين تخللت فان شاء رضي بالتغير ويأخـذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمه الخمر وفى النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد وكانت الخمر بعينها تخـير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير فى ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقـد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتنـاوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل ففى المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر على مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخريج الذى بينا واذاباع الذمى كنيسة أو بيعة أو بيت نار فالبيـع جائز وللشفيـع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها لجوازه فى دارهم بخلاف المساجد فى حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهـذا لان صيرورة البقعة لله تعالى بجعلها معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك فى حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء فى ملك الغير ولا شئ له من ملك ذلك الموضع والشفعة لاتستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصار ملكه بالدار المبيعة والشريك فى حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقـدم بيان الكلام فى اسـتحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع فى حائط من حيطان الدار أو الهوادى بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادى على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك فى أصل الحائط فان الشريك في أصـل الحائط شركته فى نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته فى حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمى وتغلبي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

المسلم العشر فى حصته ويضاعف على الثعلبي العشر ويؤخذ من الذمى الخراج فى حصته عند أبى حنيفة بمنزلة مالو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على مابينا على ما تقدم بيانه فى كتاب الزكاة أن الذمى اذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبى حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها مسلما فاخذها بالشفعة فهى عشرية كما كانت فامااذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفى الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى اذا وجد بها عيباليس له أن يردها وفى غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردهابالعيب لان الخراج فى الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما انقطع المشترى اذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما فى هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي فى دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي فى ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف مااذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالملك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جذعا منكسرا أو نخلة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردها كان الشفيع على شفعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد ينفسخ بأخذ الشفيع وهو ما اذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف اذا اشترى الذمى أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشترى سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول أبى حنيفة فى الخراج فان صفة الخراج فى الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبى حنيفة بخلاف مااذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا فى معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا فى معنى بيع بشرط الخيار للمشترى فتجب الشفعة فيه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد مالحق بدار الحرب وبعد قسمة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب واذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل في ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فلحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها من حيث أنه لا تستحق نفسها باللحاق حتى يسترق وان كانت لا تقبل وان كانت المرتدة بائعة للدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أو ماتت وان كان الشفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته مايكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار علي الردة إلا أن يقضي له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شئ من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه مالم يسلم فان أبطل القاضي شفعته ثم أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه الاضرار به وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي حتي ينظر ثم أسلم فهو على شفعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى أن أسلم فلا شفعة له لتركه طلب المواثبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتد دارا من مسلم أو ذمي بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فهو في التصرف فى الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر فى الخمر باعتبار البناء على اعتقاده والمرتد غير مقر على مااعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الاسلام سواء بمنزلة الذمى لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك فان اشترى المستأمن من دار الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشترى لا يبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والامين لا يكون خصما لمن يدعى حقا في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبتها واذا اشتري المسلم فى دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لايجرى فى دار الحرب ولان المشترى مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم فى دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم في دار الاسلام دارا وشفيعها حربى مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفعته لان لحوقه بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت وبموته تبطل شفعته علم بالشراء أولم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق المتأكدة ماهو أقوي من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشترى مستول على الدار ولو استولى على ملك الحربى بطل به ملكه فلأن يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربى المستأمن دارا وشفيعها حربى مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب كموته فيما هو فى دار الاسلام وان كان المشترى مع الشفيع فى دار الحرب فان كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفعته اذا علم لان المسلم والذمى من أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفعته اذا لم يكن عالما بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على شفعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل فان كان المشترى أخره مدة معلومة فهو على شفعته عندهم جميعا لان عند محمد بمضى شهر انما تبطل شفعته لدفع الضرر عن المشترى فاذا كان هو الذى أخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حربيا مستأمنا فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمنا من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة فى الصلح

(قال رحمه الله واذا ادعى الرجل فى دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح على اقرار فلهم الشفعة فى ذلك لان المعطى فى المال متملك فى نصيب المدعى بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح على الانكار فلا شفعة فيه لان فى زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يتملك عليه شيئا من الدار بهذا الصلح وفيما فى يده ينبنى الحكم على زعمه وهو بالاقدام على الصلح لا يصير مقرا بثبوت الملك للمدعي في المدعى ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة على دعوى الذى صالحه فان أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعى ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعى متمكنا من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه على سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة فبلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا واذا ادعى حقا فى دار فصالحه منه على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه فى الدار الاخري بالصلح والصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه فى الدار الاخرى والقول فيه قول المصالح الذى أخذ الدار بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشترى في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشترى ولو كان ادعي دينا أو وديعة أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء على زعم المدعى واذا صالح من سكنى دار أو صى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا شفعة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ماوقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع فى الغلظ والدقة في مدة المنفعة لاتستحق بالاجارة فان استئجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لايجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه أرأيت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أكان يكون فيه الشفعة لا شفعة فى شئ من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه الى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء فى ملكه وذلك لا يستحق بعقد مقصود ولهذا لا يجوز استئجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفى الكتاب أشار الى حرف آخر قال ألا تري أن المسيل لايحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لايستطيع أن يسيل فيه ما أراده فانه لايسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغى فى القياس أن يأخذه بالشفعة ولكنا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف فى دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذع فى الحائط والهوادى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أوالانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شئ فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ماوجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أورهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائع ففسخ البيع وجه قول زفر أنهما ينكران وجوب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا أنكراه كان القول فى ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يملكان ابطاله فتصادقهما يكون معتبرا فى حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا فى الذمة بخلاف الصلح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لا دين لم تقع المقاصة فبقى الثمن للبائع على المشترى والشفيع على شفعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وليس للملتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قيما له فى البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصي حينئذ فى طلب الشفعة لوكيل اليتيم وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال الملتقط فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان الملتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على الملتقط فى الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلته بيت المال كما فى جنايته بيده وان لم يسقط حتي أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا فى هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل فى النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشتري الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشترى فقال المشترى أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول قول المشترى) لانكاره الشراء فى البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك فى البناء وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشترى اذا كان محتملا حتى اذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع فى شئ من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وان قال المشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أوقال الشفيع اشتريتها معا ففى القياس القول للمشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أوقال اشتريت الارض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك فى البناء وقال الشفيع اشتريتهما معا ففى القياس القول قول المشترى لانه ينكر ثبوت حق الشفيع فى البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لى البناء واشتريت الارض كان القول فى ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشترى أقر با لسبب المثبت لحق الشفيع فى الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه فى البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله فى ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع فى شئ من ذلك فاما فى الهبة هو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى السائل الشفيع يدعى ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وان قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقاما جميعا البينة فعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات شئ بخلاف الظاهر وعند محمد البينة بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كأن الأمرين كانا اذ لاتنافى بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وان ادعى المشترى أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشترى لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ما ادعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له فى النصف دون النصف فان قال المشترى وهب لى هذا البيت بطريقه الى باب الدار وباعنى ما بقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها بالف درهم فالقول قول المشترى فى البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشترى أقر بوجود السبب الموجب لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة فى الطريق فلا يثبت ما ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ماسوي البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول قوله مع يمينه وان أقر بها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان علي ابطال شفعة الشفيع فى سائر الدار لان شركته فى الطريق سابقا على الشراء لا يظهر بقولهما حق الشفيع الا أن تقوم البينة على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من الجار ولو ادعى الشفيع أن المشترى هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشترى فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشترى منكر لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه * رجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وأقام آخر البينة أنه اشتري منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وانما يحال بشرائه بحدوثه على أقرب الاوقات مالم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقى من الدار لان شركته فى الطريق ثبت قبل ثبوت شراء الآخر فيما بقى من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما فى البيت وقضيت ببقية الدار للذى أقام البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له فى بقية الدار ولا شفعة لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الامرين ظهرا ولا يعرف تاريخ بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازقتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما منذ شهر بالف درهم وأقام آخر البينة انه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة فى الدار الأخرى لانه يثبت جواره سابقا على بيع الدار الاخري ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما لم يثبت تاريخ فى الشرائين يجعل كانهما وقعا معا وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض

الآخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقتة فالهبة مع القبض فى افادة الملك كالشراء واذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ولا طريق له فى الدار فلأصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت فى الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما الشفعة فى البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فلهم الشفعة لقيام شركتهم فى الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشترى فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها لانقطاع الشركة فى الطريق عند البيع الثانى واذا كان الدرب غير نافذ وفى أقصاه مسجد خطبة وباب المسجد فى الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر الي الطريق الأعظم فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ ألا تري ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب الى الطريق الاعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك اذا لم يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا فى ذلك الدرب ليصلوا فى المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الاعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الاعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التى في أقصاها الوادى المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الاعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ ألا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطريق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا الى الطريق الاعظم وفي الموضعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان فى أقصى الدرب باب نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفناء الي دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب آخر منها الى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة لاهل الدرب الا بالجواز وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فى الطريق لان الطريق الذى لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفى الأول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة فى الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلأهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم فى الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلي لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم فى الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا فى الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق فى الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشترى تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقى ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشترى وحقه في النصف لان المشترى شفيع معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقى للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موضعا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما فى تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يتفرق نصيبه فى موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشترى الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثانى باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر فى التسليم فان سلمه للمشترى جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول فى المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقى من المشترى الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دار الرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذى يلى دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقى من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بالمبيع اتصال تأييد فوضع الحائط من الارض داخل فى البيع واذا كان منزل لرجل فى دار الى جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفى الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار فى درب غير نافذ وفى الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزله فالشريك في الحائط أحق بالشفعة فى جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك فى نفس المبيع لان حصة البائع من الحائط دخل فى البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفعة فى الحائط سوى ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته فى موضع معين وليس بشريك فى جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة فى ذلك الموضع خاصة ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق بالشفعة فى تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الرواية أن الشركة فى الحائط أظهر من الشركة فى الطريق واذا كان بالشركة فى الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم هو الشفعة فالشركاء فى الطريق الذى في الدار أحق لشركة بينهم فى الدار لان نصيب البائع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب فى صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون فى الطريق الذى قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص فى درب غير نافذ فان أسلموا فالجيران الملازقون للدار الى هذا المنزل فيه شركاء فى شفعة هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع لحصة البائع من صحن الدار داخل فى البيع فقيام الاتصال فى طريق واحد يكفى للجوار فلهذا أستووا فى استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة فى السكة التى ليس لها منفذ * باع رجل منهم دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم فى طريق خاص فى الطريق فان كان زقاقا فيه عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لاصحاب العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون أصحاب السكة وفى العطف المدور حقهم جميعا فى ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف بمنزلة سكة فى سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الاقصى فأصحاب تلك السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان بيعت دار فى السكة الاولى كانت

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الشفعة لاصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم فى طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق فى السكة الاقصى واذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لاقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعتها منه وسلمتها اليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرجه من الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشترى الشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت فى يد البائع فهي مملوكة للمشترى فلا يأخذها الشفيع الا بمحضر منها* رجل ادعي أنه باع من هذه الارض خمسين جريبا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها الى القاضي فابطل شفعته لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشترى فى مقدار المبيع وقضي القاضى بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جريبا بالثمن الذى بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما فى أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان فى الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة واذا اشترى قوم أرضا فاقتسموها دورا وتركوا منها سكة ممشى لهم وهى سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء فى شفعتها للشركة الخاصة بينهم فى الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى فى الشفعة هنا سواء لان شركتهم فى الطريق من أول السكة الى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشئ من السكة فلهذا كانوا فى الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء فى الفناء وهو الطريق الذي فى السكة فيستوون فى استحقاق الشفعة قال فى الكتاب والشريك فى الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم فى استحقاق الشفعة * رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أوظن انها أبعد أو أقرب

ويدعي شفعته حين علم فلا شفعة له علم أولم يعلم لانه أسقط حقه بعد الوجوب وجهله بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه لجهله بمقدار حقه أولى *رجل أقام البينة أنه اشتري من رجل كل حق هو له في هذه الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم الا في رواية عن أبي حنيفة قال مالم يعلما جميعا كم نصيب البائع لايجوز البيع لان البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشترى وفي ظاهر الرواية قال المشترى يتملك بالشراء فلابد من أن يعلم بمقدار ما يتملكه لانه يحتاج الى القبض فاذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع انما يملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى ان عدم الرؤية من المشترى يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وان لم يعلم المشترى كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أولم يعلم فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة جائز في قول أبي يوسف والمشترى بالخيار اذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة *وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجوز البيع يوضحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر في الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشترى اذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تفضى الى تمكن المنازعة بينهما أما في الحال ان احتاج المشترى الى قبض المبيع أو في ثاني الحال ان تقايلا البيع أورده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة في المعقود عليه اذا كانت تفضى الى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع واذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وان كان المشترى قد رآها ويبرأ من عيوبها عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشترى لم يكن نائبا عن الشفيع فرؤيته ورضاه بالعيب لا تعتبر في حق الشفيع واذا بنى الشفيع في الدار ثم استحقت من مدة رجع الشفيع بالثمن على من كانت عهدته عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشترى اذا بنى ثم استحقت الدار ونقض بناؤه فانه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشترى مغرور فالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فاذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيع لم يصر مغرورا من جهة أحد لانه أجبر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط للمشترى على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشترى يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور ومثله الجارية المأسورة اذا وقعت فى سهم رجل فاخذها مولاها بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطىء عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع فى سهمه بالقيمة التى أعطاها إياها ولا يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من وقعت فى سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذى كانت وقعت فى سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شيء بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغنم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشركين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت فى سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى بمنزلة البيع المبتدإ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة ﴾

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

﴿ فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ﴾
﴿ للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

صحيفه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

صحيفة

﴿ تمت ﴾


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)